

Aquisição de Informação na Execução dos Contratos Administrativos

Sávio Henrique Damasceno Moreira

**Aquisição de Informação na
Execução dos Contratos Administrativos**

*Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Econômicas*

Orientador
Fernando Araújo

**Lisboa
2020**

Agradecimentos

Gostaria de agradecer, antes de mais, a Deus, pela oportunidade. Agradeço também aos mestres, em especial o Prof. Catedrático Fernando Araújo, orientador e inspirador, quem abriu espaço para que eu pudesse trilhar a seara da Análise Económica do Direito. Também na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, devo agradecimentos à Prof.^a Doutora Maria Paula dos Reis Vaz Freire, pela contribuição nas aulas de ciências jurídico-económicas. Agradeço igualmente ao Prof. Catedrático Paulo Otero, e ao Prof. Doutor Miguel Moura e Silva, pelas aulas e ensinamentos durante o mestrado. Muitas pessoas foram responsáveis pela manutenção dos incentivos necessários a sustentar a motivação e a perseverança durante a concretização deste trabalho, não sendo possível olvidar os agradecimentos aos meus pais, Sávio e Maria. Devo o último agradecimento à minha noiva Laila, quem sempre esteve ao meu lado, do início ao fim deste percurso.

Dedico esta dissertação às minhas sobrinhas, Beatriz e Júlia, aquelas que representam o futuro.

O Autor

“In God we trust, all others must bring data.”

William Edwards Deming

Resumo

O presente trabalho pretende investigar se a existência de poderes de conformação é suficiente, por si só, para que a Administração Pública supere o problema da escassez informacional na execução dos contratos administrativos. O problema é abordado à luz da análise econômica do direito e da teoria da informação, a fim de que se dê destaque aos mecanismos de aquisição de informação, às meta-decisões e à estrutura de incentivos subjacente ao cenário das compras públicas.

Abstract

The present work aims at investigating whether the existence of conformation powers is sufficient, in itself, for the Public Administration to overcome the problem of information scarcity in the execution of administrative contracts. The problem is addressed in the light of the economic analysis of law and information theory, in order to highlight information acquisition mechanisms, meta-decisions and the incentive structure underlying the public procurement scenario.

Sumário

1	Introdução	9
2	Administração por Contratos	13
2.1	Fuga para o Direito Privado	17
2.1.1	Administração Pública e o Estado Prestador	17
2.1.2	Inchaço do Estado e Busca por Novas Soluções	20
2.1.3	O Contrato Administrativo como Instrumento de Eficiência	24
2.2	Os Reveses da Fuga.....	28
2.2.1	Novas Alternativas, Novos Riscos.....	28
2.2.2	Transferência do Domínio da Informação	31
2.2.3	Problema de Agência	34
2.3	Remediação da Posição de Refém	38
2.3.1	Posição de Refém.....	39
2.3.2	Poderes de Conformação	43
3	Utilidade da Informação	47
3.1	Informação e Tomadas de Decisão	48
3.2	Teoria da Informação	52
3.3	Economia da Informação	55
3.3.1	Assimetria Informacional nos Mercados	58
3.3.2	Assimetria Informacional nas Relações de Agência.....	61
3.3.3	Informação Como Recurso Valioso.....	64
3.3.4	Informação e Comportamento Estratégico	67
3.3.5	Observabilidade e Verificabilidade.....	72

3.4	Utilidade da Informação na Execução dos Contratos Administrativos	77
4	Aquisição de Informação Como um Processo Limitado	82
4.1	Limites à Observabilidade	84
4.1.1	Custo da Informação	84
4.1.2	Incentivos	88
4.1.3	Vieses	93
4.2	Complexidade nos Contratos Administrativos	98
4.2.1	Perspectiva Material	101
4.2.2	Perspectiva Formal	113
5	Decisão e Meta-Decisão	129
5.1	Efeito do Enquadramento	133
5.1.1	Enquadramento nos Contratos Administrativos	137
5.1.2	Efeitos do Enquadramento e Processo Meta-Decisório	141
5.1.3	Superação do Problema Mediante Gestão dos Contratos Públicos	146
5.2	Administração Baseada em Evidência	149
5.2.1	Tomada de Decisão Baseada em Evidência	150
5.2.2	Mais Informação, Maiores Responsabilidades	154
5.2.3	O Problema da Implementação	158
5.3	Tomada de Decisão Simples e Tomada de Decisão Complexa	161
6	Arquitetura dos Mecanismos de Aquisição de Informação	165
6.1	Definição de Mecanismo de Aquisição de Informação	167
6.2	Componentes dos Mecanismos de Aquisição de Informação	170
6.3	Custos de Oportunidade	174
6.4	Aquisição de Informação Como um Trade-Off	178
6.4.1	Pessoas	180
6.4.2	Tecnologia	187

6.4.3	Processos.....	191
6.4.4	Estrutura.....	194
6.5	Medida Ótima de Aquisição de Informação	199
7	Conclusão	203
	Bibliografia.....	208

Aquisição de Informação na Execução dos Contratos Administrativos

1 Introdução

Em razão da incapacidade da Administração Pública de satisfazer todas as necessidades que lhe são incumbidas, notadamente nos Estados de cunho social, parte destas obrigações são transferidas aos particulares por meio dos contratos administrativos. Ocorre que a fuga para o direito privado, ou seja, o fenómeno do contrato como solução para os problemas da Administração Pública, impõe alguns reveses. A transferência do domínio da atividade de interesse público para o particular faz surgir alguns efeitos deletérios, dentre eles, a transferência do domínio da informação.

A fim de garantir o interesse público, a relação existente nos contratos administrativos difere daquela presenciada nos demais contratos, uma vez que não existe necessariamente um equilíbrio: não raro os ordenamentos jurídicos preveem a possibilidade de que a Administração Pública, em prol do interesse coletivo, faça uso de poderes de conformação. Os poderes de conformação traduzem a possibilidade de a Administração Pública, de forma unilateral, impor a sua vontade na relação contratual.

Neste ínterim, o presente trabalho tem como objeto enfrentar o seguinte questionamento: a existência de poderes de conformação é suficiente, por si só, para que a Administração Pública supere o problema da escassez informacional na execução dos contratos administrativos? A possibilidade de impor obrigações ao contraente privado de forma unilateral é suficiente para que a Administração Pública adquira informações em grau satisfatório durante a execução dos contratos administrativos?

Quanto ao tema posto, dois pontos de observação se fazem importantes: primeiro, um dos maiores problemas envolvendo as relações contratuais refere-se à assimetria informacional entre as partes do contrato, ou seja, a existência de uma parte mais informada, normalmente o contratado, enquanto a outra carece de informação, em regra o contraente público; em segundo lugar, a utilização eficiente dos poderes de conformação, tal como qualquer outra tomada de decisão, deve ser uma tomada de

decisão informada. Desta forma, pode-se avançar quanto ao objeto deste trabalho: a partir do questionamento apresentado, é possível dizer que o enquadramento do problema é adequado? Ou seja, a pergunta do parágrafo anterior é válida no que tange ao enfrentamento do problema informacional?

A abordagem mostra-se interessante uma vez que a informação é, ao mesmo tempo, (a) problema que se revela durante a execução dos contratos, quando escassa ou má distribuída entre as partes, bem como (b) pressuposto para a boa condução da execução contratual, em especial quanto à aplicação dos poderes de conformação da Administração Pública, a qual carece de informação em qualidade e quantidade suficientes.

Responder aos questionamentos acima impõe o enfrentamento do tema referente à aquisição de informação na execução dos contratos administrativos. Dentre todos os problemas que se manifestam no desenvolvimento da execução contratual, a escassez de informação merece especial atenção pelo fato de que a informação é recurso que apresenta as suas idiossincrasias. Intuitivamente, é possível destacar alguns entraves que surgem em razão da própria natureza da informação: (a) considerando que somente conhece o conteúdo da informação aquele que a detém, como pode a Administração Pública reputar importante uma informação e exigir a sua revelação ou produção se ainda a desconhece? (b) como pode ser superado o oportunismo daquele agente que detém uma informação, todavia, não revela que a detém, impedindo que possa ser imposta a obrigação de sua transmissão?

A inquietude que deu origem ao presente trabalho é o fato de que a escassez de informação, não raro, possui o mesmo tratamento de todos os outros problemas decorrente da contratação, tais como a imprevisão. É de se questionar se o problema informacional pode ser desconsiderado, ou lançado em uma vala comum: (a) pode o ordenamento jurídico, no que tange à execução dos contratos administrativos, pressupor que as informações necessárias ao contraente público estão facilmente dispostas, acessíveis a custo zero?; ou ainda, (b) é possível somar o problema informacional aos outros problemas oriundos da execução contratual (ex. imprevisão) a fim de que seja apresentado a todos eles a mesma solução? Busca-se questionar, portanto, se a superação do problema informacional deve ser enfrentada tão somente à luz dos poderes de conformação, ou se merece outra abordagem.

Muitos ordenamentos jurídicos, a exemplo de Brasil e Portugal, conferem à Administração Pública uma série de poderes durante a execução dos contratos

administrativos, todavia, pouco se preocupam com o tema da informação. De um lado, é autorizado o uso de poderes de conformação, unilaterais, que viabilizam a imposição de força legítima. De outro lado, não é significativa a preocupação relativa à eventual assimetria informacional existente entre as partes do contrato. Ainda no tocante à informação, alguns ordenamentos jurídicos a entendem como um dado posto, pronto e acabado, estático. Pouco se considera a necessidade de um especial esforço pelo contraente no sentido de adquirir mais informação. Eventuais efeitos deletérios de uma distorção informacional desmesurada são desconsiderados.

A análise do presente trabalho é essencialmente uma análise econômica, sem caráter exaustivo, e sem a pretensão, portanto, de se aprofundar o estudo sobre determinado ordenamento jurídico específico. De outro lado, a análise que aqui se pretende realizar será feita a partir de um modelo, com o estabelecimento de alguns pressupostos. Assim, nada impede que o modelo aqui utilizado encontre paralelo no ordenamento jurídico de mais de um país, como ocorre, pois, com Portugal e Brasil.

O modelo sobre o qual se baseia o presente trabalho tem como pressupostos: (a) existência de um Estado Social de Direito, ou seja, ocasião em que o Estado traz para si a obrigação de satisfazer uma grande quantidade de necessidades públicas, inclusive na esfera social; (b) ente público com capacidade de satisfazer suas obrigações tanto de forma direta como indireta, isto é, possibilidade de contratar a satisfação de suas necessidades; (c) manutenção da responsabilidade do ente público pela satisfação de suas obrigações mesmo após a contratação, em outras palavras, ainda que haja contrato com cessão de obrigações, não acontece, no entanto, uma plena transferência de responsabilidades, cabendo ao ente público acompanhar a atividade de execução e adotar providências, se assim exigir, para a preservação do interesse público; (d) ordenamento jurídico que concede ao ente público poderes especiais durante a execução dos contratos, com a finalidade de preservação do interesse público.

Os pressupostos do modelo a ser utilizado, conforme se verifica, coincide tanto com as características do ordenamento jurídico português quanto do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual se pretende fazer aporte de ambos os arcabouços jurídico-legais. Ainda, a título de ilustração, recorrer-se-á a outros ordenamentos jurídicos estrangeiros. Faz-se a ressalva, mais uma vez, que se trata de uma análise econômica, sem pretensão de aprofundar os aspectos jurídicos e pormenores legais de um ou outro país.

A base teórica do presente trabalho encontra sustentação na análise econômica dos contratos, na teoria da informação, na análise econômica da informação, bem como na análise comportamental.

Para o enfrentamento do tema da aquisição de informação na execução dos contratos administrativos, o capítulo seguinte abordará o fenómeno da administração por contratos, isto é, a grande parcela de responsabilidades da Administração Pública que, por força de contrato, foi transferida a particulares. Busca-se esclarecer as razões dessa transferência, dentre elas a demanda por maior eficiência na prestação da atividade estatal. Ainda, é feita abordagem sobre os efeitos do fenómeno da contratação, incluindo a transferência do domínio da informação, os quais criam para a Administração Pública problemas de agência, e a coloca em posição de refém. Por fim, discute-se em que medida os poderes de conformação são forma de remediação da posição de refém em que é colocada a Administração Pública em razão da contratação.

Na sequência, no capítulo terceiro, é feita abordagem quanto à utilidade da informação na execução dos contratos administrativos. Para tanto, ressalta-se que o tema da informação nem sempre teve a importância que possui hoje. À medida que as sociedades se tornaram mais complexas, a ciência começou a se desenvolver rumo ao tema da informação. Assim, surgiu uma teoria própria da informação, a qual, posteriormente, enraizou-se para outras áreas, tais como a análise econômica, as relações contratuais, análise comportamental, e o campo da tecnologia. Houve, neste sentido, o reconhecimento da informação como recurso valioso, bem como o impacto de sua escassez ou distribuição assimétrica no comportamento dos agentes e dos mercados. Ao final, busca-se elencar, especificamente, qual a utilidade da informação para a Administração Pública durante a execução dos contratos administrativos.

Em seguida, no capítulo quarto, busca-se esclarecer que o processo de aquisição de informação é um processo limitado. É relevante elencar os fatores limitantes, ainda que sem a intenção de esgotá-los por completo, justamente para que possam ser analisados ante os poderes de conformação, no sentido de saber se estes têm condições de superar aqueles ou não. Os limites à observabilidade são divididos em três espécies, referentes ao (a) custo da informação, à (b) estrutura de incentivos, e aos (c) vieses do comportamento. Ainda, ressalta-se que estes fatores limitantes da observabilidade podem apresentar-se em maior ou menor grau, a depender da

complexidade do contrato. Esta complexidade, por sua vez, pode revelar-se numa perspectiva material, bem como numa perspectiva formal.

No capítulo quinto, tem-se que o problema informacional é, sobretudo, um problema envolvendo meta-decisões. Na ocasião, parte-se da análise do efeito do enquadramento a fim de esclarecer as premissas referentes ao tema da informação, por vezes, não são devidamente consideradas; logo em seguida, busca-se os meios de se superar o efeito do enquadramento, em especial no tocante aos contratos administrativos. Ao se avançar o tema das meta-decisões, parte-se para a relevância da administração baseada em evidências, e o devido reconhecimento da importância da informação. Ao final, tem-se o esclarecimento de que os contratos administrativos demandam tomadas de decisão, as quais são tão mais complexas quanto a complexidade da relação contratual.

Por fim, no sexto capítulo, aborda-se a arquitetura dos mecanismos de aquisição de informação, a qual deve ser objeto das meta-decisões da Administração Pública. Inicialmente, empreende-se esforços no sentido de conceituar mecanismos de aquisição de informação, bem como destacar os seus principais componentes. Em seguida, verifica-se que as meta-decisões quanto aos componentes dos mecanismos de aquisição de informação envolvem custos de oportunidade, o que leva a crer que o problema informacional é, sobretudo, um problema envolvendo tomadas de decisão e trocas (*trade-off*). Ao final, busca-se analisar, ainda que sem esgotar o tema, qual a medida ideal de aquisição de informação pela Administração Pública durante a execução dos contratos administrativos.

2 Administração por Contratos

O objetivo do presente trabalho é lançar luz sobre o problema informacional presente nos contratos administrativos, em especial quanto aos poderes de conformação na tentativa de solucionar esse problema. Ou seja, busca-se elucidar se os poderes de conformação são uma solução suficiente e adequada para eliminar o problema da assimetria ou escassez informacional durante a execução dos contratos administrativos. Ainda, coloca-se em questão o enquadramento do problema, no sentido de se questionar se a pergunta acima é válida no que tange às premissas envolvendo os problemas informacionais.

Além disso, não se pode olvidar que o problema informacional se torna significativo à medida que os contratos são mais complexos, uma vez que a complexidade dos contratos administrativos impacta na observabilidade de sua execução; quanto maior a complexidade do contrato, mais difícil é a aquisição de informação por parte do contratante quanto ao adimplemento das prestações. Por isso mesmo, os contratos complexos não podem ser encarados da mesma forma que os contratos simples. Isso porque a aquisição de informação durante a execução do contrato deixa de ser óbvia e a custo zero, passando a ser onerosa e a demandar planejamento.

Para o enfrentamento do objeto proposto é importante explorar o papel dos contratos na seara da administração pública. O desenrolar dos anos e o desenvolvimento dos Estados sociais demonstrou que os contratos possuem um papel de grande relevância na consecução das finalidades de interesse público. Sua importância vai para além de ser um mero instrumento de concordância de propósitos entre particulares; mais do que isso, o contrato revela-se como o verdadeiro motor de propulsão da máquina pública, a engrenagem essencial que move os Estados que ousam chamar para si uma grande carga de responsabilidades, notadamente aqueles de cunho social. No que tange ao serviço público, a análise histórica demonstra que o contrato assume cada vez mais o papel de verdadeiro protagonista.

A expansão do Estado de bem-estar social nas últimas décadas, presente em diversos países do mundo, implicou um verdadeiro inchaço das atribuições da Administração Pública. Vendo-se inábil para o atingimento de todos estes objetivos, o movimento natural foi a delegação, cada vez maior, destas responsabilidades, transferindo-as para a seara privada, onde as normas jurídicas tendem a engessar menos o exercício das atividades. Tais delegações de responsabilidade se deram por meio do contrato. É ele o instrumento que permitiu ao Estado atender a todas as finalidades a que se propôs. Ao invés de satisfazer as necessidades da sociedade de forma direta, o Estado se viu contratando a consecução de tais satisfações. Desta forma, deixou de ser um Estado executor para tornar-se um Estado contratante.

À medida em que se disseminam as contratações, e o contrato assume um papel de protagonista, muda o próprio perfil da Administração Pública. Ao invés de prestadora, ela passa a ser gestora de contratos. O horizonte da Administração Pública deixa de ser a satisfação direta dos interesses sociais, transformando-se em um leque de contratos.

Para Maria João Estorninho, este fenómeno pode ser denominado como fuga para o Direito Privado: ocorre quando a Administração Pública se furta do regime de Direito Administrativo, que normalmente lhe amarra¹. O motivo de o contrato ser tão apazível aos olhos da Administração Pública é principalmente pela sua capacidade de afastar o regime de Direito Administrativo e substituí-lo pelo regime de Direito Privado. Este último permite uma maior liberdade de atuação, regras mais flexíveis, conferindo agilidade à concretização de resultados. O primeiro, por sua vez, possui regras de conformação mais rígidas, sendo caracterizado pela solenidade e respeitabilidade aos protocolos legais.

Assim, os contratos podem ser entendidos como uma ferramenta com o potencial de conferir maior agilidade à consecução dos resultados que visam a satisfação dos interesses sociais. Ocorre, contudo, que tal ferramenta não traz apenas conveniências. Os contratos implicam alguns reveses que não existiam quando da execução direta das atividades pela própria Administração Pública. Novas soluções podem vir a calhar, mas de forma concomitante também podem trazer novos problemas que demandam uma atenção diferenciada. No momento em que a Administração Pública deixa de executar diretamente suas atividades, valendo-se de um terceiro contratado, deixa de ter o domínio dos fatos que ali estão sendo executados.

Valer-se de um intermediário significa abrir mão do controle direto da atividade que está sendo realizada. Consequentemente, implica a transferência do domínio da informação. As informações relativas ao exercício da atividade saem da alçada da Administração Pública, que não mais executa diretamente a prestação capaz de satisfazer os interesses sociais, e ficam sob o encargo do contratado. Uma vez que tais informações não estão mais sob o domínio da Administração Pública, cabe a ela valer-se de mecanismos que sejam capazes de operar o fluxo reverso: fazer com que as informações de posse do contratado sejam transmitidas para ela, a Administração Pública contratante.

As informações quanto à execução do contrato são relevantes não só para a garantia de adimplemento das prestações, mas também para a tomada de decisões importantes relativas à relação contratual, tais como prorrogação, modificação, rescisão, dentre outras.

¹ Estorninho, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 17.

Ainda, outro revés merece destaque. Trata-se dos problemas de agência inerentes à relação entre contratante e contratado. Mais uma vicissitude que surge quando a Administração Pública, ao invés de executar diretamente a satisfação dos seus interesses, transfere tal responsabilidade a terceiros. Pode-se definir relação de agência como sendo aquela onde, por meio de um contrato, uma ou mais pessoas (o principal) engajam outras pessoas (o agente) na performance de determinado serviço, por sua conta, o que envolve a delegação para o agente de autoridade para a tomada de decisões. O problema da agência refere-se, pois, ao fato de que, considerando que ambas as partes são potenciais maximizadoras de sua utilidade, nem sempre o agente agirá em prol do melhor interesse do principal².

Fato é que o contratante, em determinada medida, encontra-se refém do contratado, uma vez que não mais detém o domínio de todas as informações inerentes à execução da relação contratual. Ainda, os problemas de agência afiguram-se extremamente graves quando o que está em jogo é o interesse público, a exemplo, serviços essenciais. A par de todos estes reveses, e sem querer abrir mão da eficiência inerente à fuga para o Direito Privado, a legislação garante mecanismos de remediação da posição de refém em que a Administração Pública se encontra. Em que pese a relação contratual pressupor um equilíbrio de direitos e deveres entre as partes envolvidas, quando se refere a interesse público o Direito Administrativo tratou de desequilibrar esta relação. Vários países garantiram em sua legislação a possibilidade de a Administração Pública, de forma unilateral, conformar a relação processual.

Trata-se de poderes conferidos à Administração Pública que, visando uma proposital desigualdade, não existem – ao menos na mesma proporção – para o particular. Tais poderes são relevantes para que o ente público consiga obter o sucesso esperado nas contratações que realiza. Afinal, se o Estado firma um contrato, pressupõe-se que o seu objeto seja de interesse público, e consequentemente, a não consecução desse objeto lesa os interesses de toda a sociedade. Neste sentido, os poderes de conformação existem para que se garanta a continuidade e a atualidade dos contratos administrativos.

Ocorre que é preciso questionar se a existência dos poderes unilaterais de conformação é suficiente, por si só, para a solução de todos os problemas relativos à execução contratual. O presente trabalho lança luz sobre os problemas

² Jensen, Michael C.; Meckling, William H. *Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, p. 5.

informativos, e pretende analisar se estes, em específico, podem ser superados mediante o uso dos poderes de conformação pela Administração Pública.

A seguir, passa-se à análise do fenómeno da fuga para o Direito Privado, bem como dos seus reveses e métodos de remediação.

2.1 Fuga para o Direito Privado

Dissertar sobre contratos na seara da Administração Pública é referir-se ao fenómeno de transferência do Direito Administrativo para o Direito Privado. Em outras palavras, refere-se à escolha do Estado em fazer com que algumas de suas atividades que antes eram regidas à luz do Direito Público passem a ser orientadas pelo Direito Privado. Importante ressaltar que esta transferência não significa um afastamento absoluto do Direito Administrativo. Mas sim, trata-se de um desembaraço, uma busca por maior eficiência e menos solenidade.

O título do presente item refere-se à obra de Maria João Estorninho, intitulada “A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública”, onde a autora analisa o fenómeno da privatização – em sentido amplo – das atividades da Administração Pública.

Será explorado, a seguir, o carácter prestador da Administração Pública, bem como a busca por meios de consecução efetiva dos seus objetivos, com foco especial no contrato.

2.1.1 Administração Pública e o Estado Prestador

O fundamento da existência da Administração Pública é a incapacidade do indivíduo, isoladamente considerado, de conseguir satisfazer sozinho todas as suas necessidades. De forma bastante sucinta, pode-se dizer que a organização das pessoas para a criação do Estado é uma estratégia de sobrevivência. Incapazes de realizarem tudo por si só, as pessoas se agrupam para criar o Estado e transferem a ele a consecução de algumas de suas necessidades. Assim, o Estado é uma organização de pessoas a quem foi transferida a satisfação de determinadas necessidades da sociedade.

Conforme lição de Paulo Otero³, a atividade da Administração Pública consiste, portanto, em uma (a) tarefa humana inserida numa organização, a qual envolve (b) gestão de recursos (planejamento, organização, conformação, controle e

³ Paulo Otero, Manual de Direito Administrativo, Volume I, p. 20 a 21.

informação), (c) visando a satisfação de interesses que pertencem a pessoa diferente daquele que os administra. Por isso mesmo, tem-se que administrar é uma atividade delegada (habilitada pela sociedade, titular primária dos interesses perquiridos), subordinada (pelo real interesse dos titulares primários), e que envolve a responsabilidade daquele que gere perante o titular ou dono dos interesses (a sociedade)⁴.

Examinar as funções do Estado é se debruçar sobre a seguinte pergunta: quais necessidades da sociedade cabe à Administração Pública satisfazer? De outro lado, quais são aquelas necessidades que serão regidas pelos postulados individuais, sem auxílio do aparato estatal? Partindo-se deste ponto de vista é possível perceber que as funções do Estado refletem uma concepção mais ou menos invasiva sobre até onde deve a esfera privada do indivíduo e o livre jogo do mercado sofrer interferência.

Ensina Gabino Fraga que, em sendo as funções do Estado meios para se atingir fins da coletividade, aquelas são alteradas todas as vezes que se variam estes. Desta forma, os critérios para a fixação do seu número e extensão não constituem questões meramente jurídicas, mas sim correspondem ao campo das ciências políticas⁵. As aspirações de um povo quanto à atuação estatal se alteram a depender do tempo em que vivem e suas circunstâncias.

Assumida a dinâmica da extensão e número das atividades do Estado, é possível notar movimentos migratórios das necessidades coletivas, as quais variam a depender do contexto histórico. Estes movimentos podem ocorrer das seguintes formas: (a) privatização ou reprivatização, quando a Administração Pública transfere a satisfação de necessidades para entidades privadas; (b) coletivização ou publicização, quando a Administração Pública assume a satisfação de necessidades que antes ficavam a cargo de particulares; (c) zonas mistas, quando algumas necessidades públicas ficam a cargo da Administração Pública e particulares simultaneamente⁶.

Sob o prisma da evolução dos direitos fundamentais, com o incremento do estatuto jurídico fundamental do cidadão, percebe-se a migração de diversas atribuições ao Estado, as quais não eram de sua alçada. As configurações do Estado social são mais complexas e amplas do que as configurações do Estado liberal. Nos

⁴ Idem, p. 21.

⁵ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, p. 14.

⁶ Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo Volume I*, p. 26.

séculos XVIII e XIX prevalecia nas Constituições e declarações o liberalismo, o qual refletia basicamente direitos de liberdade. A situação muda no século XX, quando o Estado passa a se empenhar na promoção e realização da pessoa humana⁷.

A transição do Estado liberal para o Estado social reposicionou o indivíduo e redefiniu as suas relações com a Administração Pública, promovendo um “alargamento do estatuto de cidadania dos particulares”⁸. As obrigações do Estado estenderam-se para instâncias antes sem qualquer ingerência estatal. O que era entregue à discricionariedade das vontades particulares passou a sofrer interferência da Administração Pública. O foco do Estado deixou de ser a mera instituição de garantias para a tutela da liberdade do indivíduo.

O cunho social pressupõe que o Estado deve impulsionar e promover o desenvolvimento da pessoa humana, garantindo condições mínimas para uma vida digna. O papel estatal deixa de ser apenas o de uma trincheira de defesa, coibidor de abusos do mais forte sobre o mais fraco. Para além disso, tem-se a noção de um verdadeiro motor, ativo, que impõe velocidade sob o desenvolvimento humano. A partir daí, pode-se dizer que o espectro de atividades da Administração Pública sofre um grande impacto. O seu leque de responsabilidades foi bastante ampliado, uma vez que deixou de simplesmente constituir vedação de excessos e garantir liberdades. Nasce, para a Administração Pública, uma verdadeira obrigação de entrega. Passa a ser dela a obrigação de fornecer meios para que a pessoa se desenvolva de forma adequada.

Com o alargamento das funções da Administração Pública, pode-se dizer que ela passa a ser um aparelho prestador⁹. Sua ingerência em questões económicas, sociais, culturais, de segurança e bem-estar exige a prestação de serviços à sociedade, isto é, a entrega de benefícios sociais. Atividades antes entregues à aleatoriedade da iniciativa particular são substituídas pela ação estatal. Surgem para o indivíduo direitos a prestações do Estado¹⁰. Em nome do bom funcionamento das atividades privadas impõe-se o seu balizamento por normas de carácter coletivo. O Estado passa a intervir na vida económica, moral e intelectual das pessoas, por vezes substituindo

⁷ Miranda, Jorge. *O regime dos direitos sociais*, p. 24 e 25.

⁸ Raquel Carvalho. *O Direito à Informação Administrativa Procedimental*, p. 88.

⁹ Estorninho, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 36 a 37.

¹⁰ Otero, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* p. 280.

caprichos e desejos típicos de uns por determinações de ordem pública que buscam refletir o anseio de todos.

Sob a ótica dos movimentos migratórios outrora citados, pode-se dizer que a transformação do Estado liberal em Estado social promoveu um movimento migratório de publicização das necessidades coletivas. Isto é, necessidades que antes eram relegadas à iniciativa privada e às leis do livre mercado foram avocadas pelo Estado. Ocorre que a publicização de novas atividades exigiu por parte da Administração Pública uma grande dose de adaptação e evolução. A um, por passarem a ingerir em áreas onde jamais tinham se aventurado, enfrentando novas dificuldades, até então desconhecidas. A dois, pelo fato de que as novas responsabilidades demandaram novos recursos, tanto humano quanto materiais.

Pode-se dizer, com segurança, que o Estado social aumentou sobremaneira o grau de complexidade e enredamento das atividades da Administração Pública. Promover o social é mais complexo e profundo do que garantir liberdades do cidadão. A atividade administrativa passou a ser heterogênea, múltipla e variada. Passou a ser premente a necessidade de captação de novos recursos, bem como a contratação maior de pessoal.

Aos olhos do gestor público, sua responsabilidade engrandeceu assustadoramente. O Estado prestador demanda entregas à sociedade, e a entrega de serviços, mais do que um mero detalhe, é uma verdadeira ciência, muito distante do convencional. A captação de recursos mediante tributação e retorno à sociedade em forma de benefício social demanda várias tomadas de decisão, tais como: (a) em quais áreas deve haver intervenção? (b) qual a prestação estatal a ser realizada? (c) qual a medida desta prestação? (d) como medir os impactos positivos e negativos desta prestação?

Diante das novas dificuldades, e ante o agigantamento das responsabilidades que foram impingidas à Administração Pública, é que se iniciou um novo movimento migratório, o qual será explorado no tópico seguinte.

2.1.2 Inchaço do Estado e Busca por Novas Soluções

A evolução do Estado liberal em Estado social é, sem dúvidas, um grande avanço no que tange ao engrandecimento dos direitos fundamentais, uma vez que chamou o Estado à responsabilidade para aspectos voltados à dignidade da pessoa humana. Entretanto, não se pode entender a questão como um desafio superado.

Para a concretização dos direitos fundamentais não basta a realocação de responsabilidades; também, é preciso que haja concreta satisfação das necessidades sociais. Deparando-se com tamanhas responsabilidades e um imenso leque de atribuições, verdade é que o Estado se viu embaraçado nas amarras do Direito Administrativo. Em prol de princípios de ordem pública tais como publicidade, moralidade e impessoalidade, há para o Estado solenidades que são imperativas, as quais não existem para as empresas privadas.

Mais do que garantir liberdades, existe para o Estado prestador uma gama de obrigações envolvendo entrega de bens e serviços à sociedade. Ocorre que a produção destes bens e serviços pelo setor privado tende a ser mais eficiente, isto é, a prática demonstra as vantagens de a atividade ser controlada pelas regras de mercado e administrada privadamente¹¹. A Administração Pública, ao receber tais encargos sociais, não se viu possuidora de meios capazes de atender todas as novas incumbências.

Se de um lado a recrudescência normativa que rege o agir administrativo se presta à tutela de valores que são ignorados no âmbito exclusivamente privado, este mesmo rigor também impede que a Administração Pública obtenha performance semelhante à do particular no livre mercado. Fato é que o Estado sentiu as dificuldades de, ao mesmo tempo, executar as funções de providência e de proteção¹². Pode-se dizer que o inchaço do Estado mostrou-se terreno fértil para agruras das mais diversas, tais como excesso de burocracia no desenvolver das rotinas administrativas, ineficiência na execução das atividades demandadas, além de proliferação de corrupção entre os agentes públicos e terceiros¹³.

A assunção de novas responsabilidades inflou o Estado de forma desmesurada, o qual terminou por se ver incapaz de executar diretamente todas as tarefas que lhe foram incumbidas. É justamente em razão desta dificuldade que surge um novo movimento migratório, desta vez, de privatização. Ou seja, a Administração Pública volta a transferir a satisfação de necessidades sociais para as entidades privadas.

Importante ressaltar que, em sentido amplo, existem várias formas de privatização. Inicialmente, estas formas podem ser divididas em dois níveis: (a) privatização integral, quando a Administração Pública transfere a satisfação de

¹¹ Pereira, Luiz Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*, p. 20.

¹² Estorninho, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 58.

¹³ Idem, p. 47.

necessidades coletivas para entidades privadas e, ao mesmo tempo, abandona a titularidades destas responsabilidades; e (b) privatização por delegação, quando a Administração Pública transfere apenas a execução da satisfação destas necessidades, todavia, sem abandonar a titularidade destes interesses¹⁴.

Ainda, importante ressaltar que existem múltiplas alternativas de se operar essa transferência da satisfação das necessidades coletivas, a exemplo: (a) mediante a venda de companhias governamentais aos particulares; (b) pela execução das atividades governamentais por particulares contratados (*outsourcing*); (c) por meio da construção de infraestrutura pública por investidores privados; (d) por licenciamento e outorga de permissões para atuação em determinadas atividades; (e) ante o limite do alcance governamental e consequente atuação concorrente dos particulares (ex. saúde e educação); (f) através da execução de serviços públicos mediante taxa; (g) pela comercialização de espaços públicos; (h) pela cooperação com entidades do terceiro setor¹⁵.

A privatização a que se refere o presente trabalho, isto é, aquela decorrente da ressaca do Estado após assumir grande quantidade de atribuições com a passagem para o Estado social, é a privatização por delegação. O reconhecimento da ausência de meios capazes de concretizar todas as obrigações assumidas não faz com que o Estado, necessariamente, volte atrás e renuncie à função de provedor. Ao contrário, o movimento migratório de privatização ocorrido nas últimas décadas do século XX reflete a busca por novas soluções¹⁶. Trata-se de uma crise do hiperintervencionismo do Estado, a qual culminou na reconfiguração do aparelho administrativo com a finalidade de redução da execução direta de tarefas e serviços públicos¹⁷.

O movimento de privatização se fez presente em diversos países do mundo¹⁸, atravessando fronteiras e culturas, norteados por um complexo arranjo de fatores, tanto ideológicos quanto econômicos¹⁹. Não se pode negar que o episódio implicou uma profunda modificação na forma tradicional de governar, o que despertou atenção especial do Direito Público então vigente.

¹⁴ Otero, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, p. 26.

¹⁵ Barak-Erez, Daphne. *Three questions of privatization*, p. 494 a 496.

¹⁶ Freeman, Jody. *The Contracting State*, p. 160.

¹⁷ Otero, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, p. 287 a 289.

¹⁸ Freeman, Jody. *The Contracting State*, p. 155.

¹⁹ Barak-Erez, Daphne. *Three questions of privatization*, p. 493.

Em apertada síntese, duas preocupações vieram à tona com o fenómeno da privatização. A um, os limites de até onde poderia ela operar²⁰. O retorno da Administração Pública ao Direito Privado, reduzindo a aplicação do Direito Administrativo em assuntos como formas de organização administrativa e regulação material de sua atividade, fez com que viesse à tona a chamada reserva constitucional de Direito Administrativo²¹. Isto é, buscou-se delimitar, à luz da constituição, matérias que não poderiam ser entregues, mediante privatização, ao regime do Direito Privado.

A dois, restringir-se ao argumento de que a privatização se mostra uma solução adequada ao inchaço do Estado é uma análise rasa do problema. Mais importante é perquirir de que forma se opera a privatização. Seja ela executada de forma desregrada, irresponsável, sem planejamento e sem atenção a pontos nevrálgicos, a privatização pode trazer malefícios de várias ordens. Por essas razões, passou o Direito Público a preocupar-se com a forma como a privatização é operada.²²

Após o devido acautelamento das duas ressalvas acima apontadas (limites da privatização e forma de sua operação), fato é que a privatização tem o potencial de oferecer várias conveniências à execução das finalidades do Estado. Os defensores da provisão de serviços públicos por meio de corporações privadas fundamentam o seu argumento, basicamente, nos pilares da eficiência e da concorrência. A busca por lucros perpetrada por empresas privadas, as quais terão, em regra, de competir entre si a fim de angariar contratações, pode resultar em ganho de eficiência e redução de custos se comparado com a execução do mesmo serviço por entidades públicas.²⁴

Várias são as vantagens de se perseguir as satisfações da sociedade sob as “formas de organização administrativa jurídico-privadas”²⁵, a exemplo: (a) maior facilidade na criação e extinção das instituições; (b) maior autonomia dos entes privados; (c) mais flexibilidade na estrutura e organização das instituições; (d) sujeição à concorrência, rentabilidade e economicidade; (e) maior dinamismo nos processos de decisão e atuação; (f) simplificação na contratação de pessoal; (g) diversificação dos bens e serviços a oferecer no mercado; (h) melhores meios de

²⁰ Idem, p. 493.

²¹ Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*, p. 812.

²² Barak-Erez, Daphe, *Three questions of privatization*, p. 493.

²⁴ Bunker, Matthew D.; Davis, Matthew D. *Privatized Government Functions and Freedom of Information: Public Accountability in an Age of Private Governance*, p. 465.

²⁵ Estorninho, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 59 a 67.

financiamento; (i) redução dos custos administrativos; (j) vantagens fiscais; (k) simplicidade na cooperação e conjugação de esforços com outros entes; (l) utilização da iniciativa privada; (m) maior facilidade de intercâmbios com o estrangeiro.

De todas as formas de privatização, talvez a mais usual, e que também é o objeto central do presente trabalho, seja a execução das atividades governamentais por particulares contratados (*outsourcing*). Assim, a seguir, terá foco o contrato administrativo como ferramenta capaz de impingir maior eficiência na execução das finalidades da Administração Pública.

2.1.3 O Contrato Administrativo como Instrumento de Eficiência

O movimento migratório de privatização, decorrente da ressaca do Estado após a assunção de diversas finalidades de cunho social, fez com que a Administração Pública recorresse à modalidade mais típica do Direito Privado: o contrato²⁶.

Não se quer dizer que o contrato inexistia no seio da Administração Pública em períodos anteriores. Entretanto, foi nas décadas de 1970 e 1980, em consonância com as novas políticas de gestão pública, as quais se espalharam por todos os países industrializados na segunda metade do século passado, que o contrato floresceu como importante prática administrativa²⁷.

O desempenho das funções públicas conheceu uma célere contratualização, a qual iniciou-se nos Estados Unidos da América, e se expandiu posteriormente a vários outros países²⁸. Esse fenómeno alterou novamente a configuração do Estado: este, que havia evoluído seu papel de mero garantidor para tornar-se um prestador, viu-se mais uma vez com uma nova roupagem, de contratante. A privatização em forma de contratualização operou uma profunda transformação dos mecanismos de funcionamento e de competência da Administração Pública. De prestadora de serviços ela converte-se em contratante de prestadores, colocando-se na posição de gestora destes contratos²⁹.

É importante ressaltar, ainda que à exaustão, qual o papel desenvolvido pelo contrato neste momento histórico de intensa contratualização: recorrer ao contrato foi o meio encontrado pela Administração Pública de conferir maior eficiência à

²⁶ Gonçalves, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 499; Estoninho, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 42.

²⁷ Auby, Jean-Bernard. *Contracting out and 'public values': a theoretical and comparative approach*, p. 512.

²⁸ Araújo, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 90.

²⁹ Gonçalves, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 517.

execução de suas atividades. Sob o ponto de vista das formas de arregimentação e organização dos fatores produtivos, o contrato mostrou-se como solução de eficiência quando comparado à produção direta dos bens e serviços pela Administração Pública.

A esta altura é válido recorrer à noção trazida por Ronald H. Coase sobre custos de transação e a eficiência comparativa entre os modos de produção pelo livre jogo de mercado (sem qualquer estrutura centralizada), de um lado, e as firmas (com o seu modelo de direção centralizado), de outro lado. Ressalte-se que “firma”, na teoria econômica moderna, difere de seu conceito jurídico, sendo toda organização que converte insumos em produtos³⁰.

A solução vertical refere-se à integralização pela firma de determinado fator de produção, isto é, ao invés de ir buscar um bem ou serviço no mercado, a firma integra na sua própria cadeia produtiva a geração daquele bem ou serviço. É o caso, por exemplo, de uma fusão entre duas firmas envolvidas em estágios diferentes da mesma cadeia de produção. Defender a solução vertical é dizer que existem benefícios quando o empreendedor-coordenador da firma A passa a ter autoridade sobre o empreendedor-coordenador da firma B (relação de trabalho)³¹.

De outro lado, a solução horizontal sustenta que as firmas devam continuar sendo entidades distintas, ainda que a firma A, sempre que queira um insumo da firma B, tenha de convencê-lo a celebrar um novo contrato. Diferente de relação de autoridade, trata-se de uma relação de cooperação. Quando um agente se envolve em uma relação contratual significa, em última instância, que prefere realizar determinada atividade em colaboração com outra parte, e não sozinho³².

Em sua obra *The nature of the firm*³³, de 1937, Ronald Coase preconiza, de maneira inovadora, os chamados “custos de transação”. Inicialmente, o autor introduz a ideia de que a coordenação dos fatores de produção é uma tarefa que pode ficar a cargo ou do mecanismo de preços do mercado (solução horizontal), ou do empresário-coordenador da firma (solução vertical)³⁴. A escolha da melhor solução dependeria dos custos de transação.

³⁰ Ferreira, Antonio Carlos; Patrícia Cândido Alves Ferreira. *Ronald Coase: um economista voltado para o Direito*, p. XLI.

³¹ Hart, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, p. 120.

³² Baird, Douglas G. *Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts*, p. 584.

³³ Coase, Ronald. *The nature of the firm*.

³⁴ Coase, Ronald. *A Natureza da Firma*, p. 37 ss.

Pode-se dizer que o impedimento para a formação de mercados ideais e a solução espontânea, negociada, de muitos dos aspectos relativos à organização dos fatores de produção é a simples onerosidade dos procedimentos envolvidos num tal tipo de solução³⁵. Essa onerosidade é o que se chama de custos de transação, ou seja, todos aqueles custos em que se incorre na troca de utilidades e na afetação comutativa de recursos³⁶.

No sentido da obra de Coase, a busca por eficiência torna imperativo que a definição da solução mais adequada para a coordenação de determinado fator de produção – se horizontal (pelo mecanismo de preços do livre mercado), ou se vertical (integralização por meio da firma) – seja guiada pelo esforço de reduzir os custos de transação³⁷.

Segundo Oliver D. Hart, em um mundo ideal, sem atritos, onde não existam custos de transação, a integralização de um fator de produção perderia a razão de ser³⁸. A carência de um bem ou serviço poderia sempre ser suprida pelo mercado, sem maiores dificuldades ou inseguranças. Considerando que a apropriação de um fator de produção visa garantir um determinado arranjo contratual desejado na solução de mercado, se os custos de transação fossem zero a propriedade sobre esse fator produtivo seria desinteressante, pois seriam inexistentes os custos de negociação e de celebração de um novo contrato. Contudo, não é o que acontece no mundo real.

Havendo custos de transação, como é e sempre será, urge a necessidade de escolher a alternativa que os mantenha no menor patamar possível. Deve-se escolher, portanto, entre a solução horizontal (mercado) e a solução vertical (integralização), aquela que implique os menores custos de transação. A alternativa adequada é aquela resultado das circunstâncias existentes no cenário, as quais, inclusive, são dinâmicas. Essa mutabilidade das circunstâncias e a alteração da solução ideal em razão do tempo é bem exemplificado pela análise histórica da evolução do papel do Estado, seus movimentos migratórios – de privatização e publicização – e métodos de perseguição das finalidades que lhe são incumbidas.

Voltando ao Estado, pergunta-se: de que forma ele melhor poderia fazer frente aos custos de transação? Por meio da solução de firma ou por meio da solução do

³⁵ Araújo, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 553.

³⁶ Coase, Ronald. *A Natureza da Firma*, p. 38; Araújo, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 553.

³⁷ Coase, Ronald. *A Natureza da Firma*, p. 43 ss.

³⁸ Hart, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, p. 122.

mecanismo de preços do livre mercado? Quando se fala em movimento de contratualização, trata-se da assunção pelo Estado de que recorrer às operações de troca do mercado é mais eficiente – ou seja, possui custos de transação mais baixos – do que conferir aos seus servidores públicos a tarefa de coordenar os fatores de produção dos bens e serviços desejados. Em outras palavras, o movimento de contratualização é o reconhecimento de que a solução horizontal (mercado) é, naquelas circunstâncias, a mais adequada ao objetivo do Estado de reduzir os custos de transação na busca pela satisfação das necessidades coletivas.

Desta forma, o Estado reconhece a existência de custos na utilização do mecanismo de preços da solução de mercado, contudo, os considera mais vantajosos quando comparados aos custos da solução de firma. A solução horizontal (mercado) também possui os seus custos, sendo fácil elencar exemplos, tais como o custo de se descobrir preços relevantes, os custos de negociar e celebrar um contrato individual para cada nova transação, dentre outros ³⁹. Apesar disso, o movimento de contratualização assume que todos estes custos são ultrapassados quando se confere aos próprios servidores públicos a função de coordenar os fatores de produção.

A decisão de trilhar a via do contrato é o Estado sinalizar que privilegia a concreta execução do bem ou serviço de interesse coletivo, abrindo mão de determinar ele mesmo, dentre as inúmeras possibilidades de ação, como os fatores de produção se organizarão para tanto. Por força do contrato, a coordenação dos fatores de produção fica a cargo do particular contratado, o qual tem a obrigação de entregar o bem ou serviço, independente de como irá se organizar para adimplir a prestação.

É de se notar que ambas as alternativas – tanto a solução horizontal quanto a solução vertical – possuem custos e benefícios, e a tomada de decisão sobre qual a melhor solução passa por uma análise de ponderação. Não se trata de uma escolha de tudo ou nada. Mesmo reconhecendo as vantagens da contratualização, não se pode esquecer que a via do contrato também implica custos de transação, os quais devem ser levados em conta. Tendo isto em mente, passa-se à análise dos custos inerentes à escolha da privatização pelo contrato, ou seja, os reveses da fuga para o Direito Privado.

³⁹ Coase, Ronald. *A Natureza da Firma*, p. 38 e 39.

2.2 *Os Reveses da Fuga*

O movimento migratório de privatização por delegação, ou seja, a transferência da satisfação das necessidades coletivas para entidades privadas, sem que a Administração Pública renuncie à titularidade dessas responsabilidades, possui uma série de vantagens que impõe mais eficiência no realizar das funções administrativas. Contudo, está longe de ser uma opção imaculada, livre de quaisquer riscos.

Cabe, portanto, reservar espaço à análise dos riscos e custos inerentes à privatização por delegação pela via do contrato. Inicialmente, será dado destaque ao despontamento de novos riscos decorrentes da transferência realizada pela Administração Pública. Em seguida, o enfoque encerrará um risco em especial, talvez o principal, qual seja, a transferência do domínio da informação. Por fim, dar-se-á destaque a um efeito daí decorrente, o denominado problema de agência.

2.2.1 *Novas Alternativas, Novos Riscos*

A análise histórica da evolução do Estado demonstra que o contrato se afigura como solução para problemas de eficiência. Em determinado momento e sob certas circunstâncias, o contrato surge para a Administração Pública como tábua de salvação, revelando-se o caminho certo a ser trilhado. Contudo, o contrato não é uma solução em absoluto, pois também possui os seus limites e suas agruras.

Sobre o tema, é interessante a reflexão feita por Oliver D. Hart⁴⁰, o qual questiona: por que uma firma promoveria a aquisição, por qualquer motivo, de outra firma (integralização), ao invés de conduzir o seu negócio contratando com os agentes disponíveis no mercado? Por que as firmas existem? Quais os limites do contrato? A resposta a tais questionamentos passa necessariamente pelos custos de transação.

Sob o ponto de vista de eficiência na alocação de recursos, a existência de alternativas – solução de firma e solução de contrato – é justificada pela finalidade de tentar driblar estes custos, na maior medida possível. Se os custos da solução de firma são maiores do que os custos da solução de contrato, justifica a adoção desta última, e vice-versa. Para dar continuidade à finalidade do presente trabalho, é importante deixar de lado, no momento, a análise comparativa entre qual solução seria mais ou menos onerosa, para que se possa focar, com exclusividade, nos custos e riscos

⁴⁰ Hart, Oliver. *Incomplete Contracts and Control*, p. 1731.

inerentes à solução do contrato. Mais uma vez, ressalte-se, sem se apegar à discussão quanto à sua maior ou menor monta quando comparado à solução de firma.

Pois bem.

A diferença entre a solução vertical e a solução horizontal repousa na aquisição ou não do fator de produção. Se a firma é proprietária de um fator de produção, significa que integraliza aquela etapa da cadeia produtiva, e por isso mesmo detém a técnica de fabricação e sua execução. De outro lado, se não possui um determinado fator de produção, deve recorrer ao mercado, pela via do contrato, para adquirir o resultado advindo deste fator de produção, ficando alheio ao processo fabril.

Ocorre que a necessidade de ir ao mercado, a busca pelo produto desejado, a pesquisa de preços, a celebração do arranjo contratual, a regência do clausulado estabelecido, são exemplos de circunstâncias que não existiriam na hipótese de integralização. Assim, é possível elencar alguns riscos que existem apenas na hipótese de solução de mercado, os quais podem elevar os custos da operação, ou mesmo a inviabilizar.

Em primeiro lugar, aquele que recorre ao mercado precisa levantar informações sobre os preços praticados referente àquele determinado produto. Por vezes tais informações encontram-se dispostas a baixo custo; mas nem sempre. Os fornecedores que disponibilizam seu produto no mercado buscam, de várias formas, sinalizar⁴¹ aos compradores que o seu preço é o mais competitivo. Todavia, nem sempre o sinal emitido carrega informação suficiente⁴², a qual somente é acessada com certo custo. Para ilustrar, tenha-se o preço pela execução de um determinado serviço que, por ser heterogêneo, demanda a realização de uma cotação caso a caso (ex. orçamento para a construção de obra de engenharia civil).

Além do custo de pesquisa de mercado, aquele que depende continuamente de um determinado bem ou serviço deve preocupar-se com a sua permanente disponibilidade no mercado. Uma vez sujeito ao mecanismo de preços, não é garantido que determinado produto, sempre que se recorra ao mercado, esteja disponível pelo mesmo preço, ou mesmo que sequer esteja disponível. Afinal, para aquele que detém um fator de produção, caso seja mais interessante enveredar-se para outro ramo e abandonar o produto anterior, assim o fará, ainda que este produto seja

⁴¹ Spence, Michael A. *Job Market Signaling*, p. 355 ss.

⁴² Idem. *Signaling In Retrospect And The Informational Structure Of Markets*, p. 431 ss.

imprescindível para a cadeia produtiva de terceiros. Excepcionadas as hipóteses de contrato de longo prazo, não existem garantias de fidelidade do vendedor a um determinado comprador, no sentido de que, havendo oferta de preço mais elevado, o fornecedor certamente deixará de vender ao comprador anterior se este não cobrir ou equiparar as demais propostas.

Uma vez adotada a solução de mercado, deve-se ter em mente, também, um importante efeito condicionador do mecanismo de preços: as diferenças de poder negocial ou de mercado⁴³. A alocação dos direitos de propriedade, de forma geral, determina os poderes de barganha, e por isso mesmo, reflete na estipulação dos termos do contrato⁴⁴. Ao mesmo tempo, os poderes de barganha são limitados pela indispensabilidade da outra parte no processo de produção. Também interfere na eficiência das negociações a alocação dos poderes de decisão, a forma como estão dispostos, se de maneira concentrada ou difusa. Afinal, o comportamento do tomador de decisão é regido por uma estrutura de incentivos, dos mais variados, os quais podem modificar a cada negociação, conduzindo a termos contratuais distintos.

Definidas as etapas relativas a o que contratar e com quem contratar, aquele que recorre ao mercado também esbarra com os custos de redação do clausulado⁴⁵. Afinal, nem sempre é fácil engendrar todas as vontades e contingências na elaboração das cláusulas de um contrato. Em sendo um contrato de prestação simples, única, e instantânea, é de se cogitar que o custo de elaboração do clausulado tende a zero. Contudo, quanto mais o objeto da prestação se mostra heterogêneo, quanto mais longo o prazo do contrato, e quanto mais complexas as circunstâncias que o envolve, maior será a dificuldade de idealizar cláusulas que comportem os anseios de ambas as partes. Some-se a esse esforço a questão relativa à incompletude do contrato e o respectivo direito residual de decidir os casos omissos, o qual impõe mais custos à medida em que o contrato é mais complexo⁴⁶.

Ainda, deve-se ter em mente os chamados custos da disciplina contratual⁴⁷. Posto que o contrato já esteja firmado, é impreterível que as partes se atenham ao quanto compactuado⁴⁸. Afinal, se um contrato foi firmado, supõe-se que sua execução deve caminhar até a efetivação das prestações ali desejadas. Ainda, tratando de um

⁴³ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 199.

⁴⁴ Tirole, Jean. *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?*, p. 749 ss.

⁴⁵ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 198.

⁴⁶ Oliver Hart. *Incomplete Contracts and Control*, p. 1732.

⁴⁷ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 198.

⁴⁸ Martins, Licínio Lopes, *Empreitada de Obras Públicas*, p. 623.

contrato administrativo, pressupõe-se que essa satisfação seja de interesse público, e por mais forte razão deve ser tutelada. Contudo, a disposição original dos envolvidos em cumprir com suas obrigações pode sofrer ingerências de variadas ordens⁴⁹. Ante o risco de eventuais transgressões, manifesta-se necessário um controle com o fim de garantir o esmoreito adimplemento das obrigações previstas no contrato. Este controle, por sua vez, não é gratuito, pois demanda tempo e esforço.

Outro risco envolvendo a execução dos contratos refere-se às contingências imprevistas. Faz-se referência, aqui, às eventualidades, acasos, acidentes, que em razão de serem fatos por demais fortuitos e incertos, não foram previstos no clausulado. Caso venham a ocorrer, os seus desdobramentos podem ficar destampados de regime jurídico contratual, gerando dúvidas (e por vezes conflitos), entre as partes, sobre como proceder. O esforço para que o contrato seja mais completo implica, conforme dito acima, custos de redação do clausulado. Desta forma, por este e outros motivos, intentar que o contrato seja o mais completo possível pode não ser uma solução eficiente. Em outras palavras, pode-se dizer que existe para as partes a opção de alocar riscos *ex ante* (contrato mais completo) ou alocar prejuízos *ex post* (contrato menos completo)⁵⁰. Na última hipótese, deve-se recorrer à via da negociação.

No melhor entendimento, tentar relacionar de forma taxativa todos os riscos decorrentes da solução de contrato é uma grande ingenuidade. As possibilidades são por demais variadas e complexas para que se permita enumerá-las exaustivamente. Por isso mesmo, os riscos elencados acima possuem caráter exemplificativo, sem a pretensão de esgotar o tema. Basta ficar claro, por ora, que a adoção de novas alternativas pelo Estado trouxe também um novo cenário, com novos riscos.

Para além de todos os riscos acima elencados, existe um em específico que merece especial atenção, não só por ser o objeto do presente trabalho, mas talvez por ser o mais relevante dentre eles. Trata-se da transferência do domínio da informação, cujos desdobramentos serão analisados a seguir.

2.2.2 Transferência do Domínio da Informação

Além dos riscos descritos no item acima, o fenómeno da contratualização também implica um outro risco, qual seja, a transferência do domínio da informação.

⁴⁹ Brehm, John; Gates, Scott. *Working, Shirking, and Sabotage: Bureaucratic Response to a Democratic Public*, p. 26-27.

⁵⁰ Cooter, Robert; Ulen, Thomas. *Direito e Economia*, p. 223.

Ante a sua importância para o presente trabalho, este risco será analisado em separado, em item próprio.

Por meio do contrato, a Administração Pública deixa de executar diretamente os serviços de seu interesse, bem como abre mão de produzir ela mesma os bens que irão satisfazer as suas necessidades. Sendo assim, na posição de contratante, cede o domínio dessas atividades, que passam a ser essencialmente do agente contratado. A contratualização implica um novo arranjo de responsabilidades, onde a Administração Pública deixa de ter o domínio da direta execução de serviços e produção de bens. Aparta-se do papel da Administração Pública a obrigação, por exemplo, de apropriação de técnicas de produção, de manutenção de estoque de insumos e produtos acabados, bem como de seleção e capacitação de profissionais técnicos especializados.

Tratando-se de uma privatização por delegação, conforme classificado acima, a Administração Pública continua sendo a titular das suas funções. Ainda que a execução de determinada finalidade seja contratada e sua efetivação transferida a terceiros, continua responsável pela concreta consumação do interesse público. Contudo, o papel da Administração Pública passa a ser essencialmente outro: pagar o preço do contrato e garantir o adimplemento das prestações pactuadas. Em sendo contratante, coloca-se na posição de, tão somente, acompanhar a execução dos contratos firmados para que atinjam os fins desejados.

Acontece que a assunção destes novos papéis afeta a distribuição da informação entre os envolvidos. Em uma relação contratual, é possível que alguns agentes possuam mais informações do que outros. Para ilustrar, tenha-se o vendedor que possui mais informações do que o comprador sobre o real valor do produto que está sendo vendido. Ainda, pode-se imaginar que o trabalhador tenha mais informações sobre a sua expertise e motivação do que aquele que o emprega⁵¹. Não raro alguns agentes possuem com exclusividade informações sobre suas características e suas ações, conhecimento este que não é compartilhado com outros agentes menos informados⁵².

Retomando o cenário da Administração Pública, pergunta-se: quando a execução das tarefas de interesse público é incumbida a agentes privados por meio do

⁵¹ Camerer, Colin; Loewenstein, George. Weber, Martin. *The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis*, p. 1233.

⁵² Idem, p. 1244.

contrato (privatização), como é possível garantir que a performance do agente contratado será desenvolvida de forma adequada? Além disso, como garantir que o agente contratado para a execução de uma atividade de interesse público respeite os valores inerentes à seara pública (alguns dos quais, diga-se de passagem, não se fazem presente nos negócios privados)?⁵³

Caso a execução das atividades de interesse público pelo agente contratado não esteja sendo realizada a contento, é preciso que a Administração Pública, contratante e titular do serviço, reaja e adote providências. Todavia, somente terá condições de assim proceder se antes possuir informações relativas à performance do contratado. Em outras palavras, mesmo que tenha entregado a execução do serviço – por meio do contrato – a um agente privado, cabe à Administração Pública conhecer dessa execução, sob pena de inviabilizar futuras tomadas de decisão, como exemplo, a rescisão, modificação ou prorrogação do contrato, ou mesmo a aplicação de uma sanção contratual.

A situação apresentada, na qual um dos agentes envolvidos em determinada troca possui informações que outros agentes não possuem, é também denominada assimetria informacional⁵⁴. O conceito ganhou forte atenção dos economistas a partir da década de 1970⁵⁵, com a divulgação de trabalhos que iluminaram a importância da informação nas trocas, dentre outros, *Market for "lemons"* (1970), de George Arthur Akerlof⁵⁶; *Job market signaling* (1973), de Andrew Michael Spence⁵⁷; *Equilibrium in competitive insurance markets: An essay in the economics of imperfect information* (1976), de Michael Rothschild e Joseph Eugene Stiglitz⁵⁸; e *Moral Hazard and observability* (1979), de Bengt Holmström⁵⁹.

Em apertada síntese, pode-se entender o problema da assimetria informacional no contexto de uma relação contratual por meio da seguinte pergunta: o que um agente sabe que os outros não sabem? No tocante à técnica utilizada, ao tempo e

⁵³ Auby, Jean-Bernard. *Contracting out and 'public values': a theoretical and comparative approach*, in *Comparative Administrative Law*, p. 511.

⁵⁴ Do, Quy-Toan. *Asymmetric Information*, p. 1.

⁵⁵ Brian G. M. Main, Akerlof, George Arthur. *Palgrave Dictionary of Economics*, Vol. I, p. 109-110.

⁵⁶ Akerlof, George. *The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism.*, p. 488-500.

⁵⁷ Spence, A. Michael. *Job market signaling.*, p. 355-74.

⁵⁸ Rothschild, M.; Stiglitz, Joseph. *Equilibrium in competitive insurance markets: An essay in the economics of imperfect information*, p. 629-49.

⁵⁹ Holmström, B. *Moral Hazard and observability*, p. 74-91.

esforço dispendidos por cada um dos agentes, às circunstâncias que permeavam a situação ao tempo da performance executada, aos fatos imprevistos e imprevisíveis, qual o grau de conhecimento relativo a cada um dos envolvidos?

Corroborando a importância da informação nas relações contratuais, Fernando Araújo defende que a principal fonte de ineficiência nas transações é a assimétrica distribuição de informações entre as partes envolvidas nas trocas⁶⁰. Ou seja, entre todos os reveses do contrato descritos no item anterior, o de maior gravidade seria a assimetria informacional. No mesmo sentido, Licínio Lopes Martins argumenta que, ao menos em determinados tipos de contratos, sua boa execução depende de uma contínua e recíproca estabilidade informada, “exigindo esta a posse e a partilha de saberes e conhecimentos científicos”⁶¹.

A relevância do tema advém do fato de que o mercado e outros sistemas envolvendo decisões humanas requerem uma certa quantidade de informação para o seu bom funcionamento, bem como requerem que esta informação esteja distribuída de forma simétrica entre os agentes envolvidos⁶². Quando a informação é escassa ou distribuída de forma assimétrica, espera-se que este sistema apresente falhas. Utilizando metáfora proposta por Tim Wu⁶³, a informação está para um sistema (que envolve decisões humanas) assim como um óleo lubrificante está para as engrenagens de um motor.

A ausência de informação pode tornar obscura a real participação dos envolvidos durante a execução do objeto do contrato, implicando prejuízos a ambas as partes. Afinal, é possível que agentes desidiosos levem crédito por situações em que cooperaram pouco, bem como podem desacreditar aqueles que, mesmo tendo se esforçado e despendido tempo considerável, por circunstâncias alheias à sua vontade não atingiram a meta desejada⁶⁴.

2.2.3 Problema de Agência

O estudo da informação ganhou espaço na teoria econômica com o reconhecimento de que a sua má distribuição entre os agentes pode conduzir a um desequilíbrio na relação contratual. A assimetria informacional pode deixar o

⁶⁰ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 199; Araújo, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 414 ss.

⁶¹ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 557.

⁶² Tim Wu, *An Introduction to the Law and Economics of Information*, p. 10.

⁶³ Idem, p. 10.

⁶⁴ Freeman, Jody. *The Contracting State*, p. 156.

contratante (ex.: Administração Pública) em situação de desvantagem, pois aquele que controla o negócio (ex.: contraente privado) possui mais informações sobre a atividade desenvolvida⁶⁵.

A fim de amenizar este desequilíbrio, cabe ao contratante fiscalizar a atividade executada no seio da relação contratual. Contudo, esse desequilíbrio nem sempre será absolutamente compensado, por mais que se planeje e execute algum controle. Existem relações contratuais em que é sabido por ambas as partes que uma delas é mais bem informada do que a outra⁶⁶, e que dificilmente essa desigualdade será superada.

Para ilustrar, tenha-se um contrato em que o seu objeto é a execução de determinada atividade cujos resultados são incertos, pois também dependem de fatores imprevisíveis alheios à ação do agente (ou seja, ainda que executado com esmero, a consequência pode ser indesejada). Na hipótese de o resultado não ser exitoso, o contratado estará em melhor posição para saber se a falha decorreu de circunstâncias alheias à vontade daquele que executou a atividade, ou se derivada de desídia, oportunismo ou sabotagem.

Pelo exemplo acima, percebe-se que o impasse é reflexo da dificuldade do contratante em observar e medir o grau de esforço despendido pelo contratado. Em um cenário ideal, onde o contratante tivesse informações plenas quanto ao grau de esforço a ser executado, pagaria por determinada medida deste esforço e, em sendo um pagamento justo, o contratado desempenharia a ação dentro da medida pactuada⁶⁷, independente de eventuais intercorrências. Todavia, quando o contratante não tem informações suficientes sobre o esforço expendido pelo contratado, tem-se aí um problema capaz de desequilibrar a relação contratual. Em se tratando de serviços, ante a ausência de informação por parte do contratante, nem sempre é possível comprar esforço da mesma forma como se compra um produto pronto e acabado. A solução, neste caso, é que o contrato tenha como objeto o resultado, ainda que ele dependa de outros fatores externos além da diligência do contratado.

Importante ressaltar que as transações envolvendo produtos também revelam problemas informacionais. Afinal, a qualidade do produto, sua técnica de fabricação,

⁶⁵ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 555.

⁶⁶ Bikhchandani, Sushil; Hirshleifer, Jack. John G. Riley, *The Analytics of Uncertainty and Information*, p. 308.

⁶⁷ Posner, Eric A. *Agency Models in Law and Economics*, p. 4.

os insumos utilizados, nem sempre são facilmente observáveis pelo consumidor. Em outro exemplo, o joalheiro que vende uma pedra preciosa tem, em geral, mais condições de identificar a real qualidade do material vendido do que o comprador ordinário que não possui expertise no assunto⁶⁸. Nem sempre será possível àquele que compra o produto aferir instantaneamente a real qualidade do material que está sendo comprado. No caso da Administração Pública, é de se imaginar a compra de uma ogiva nuclear para uso em míssil balístico intercontinental, em situação na qual o poder de destruição do armamento somente poderá ser medido quando da sua utilização. Na eventualidade de o equipamento jamais ser utilizado, fica a dúvida se a especificidade do produto comprado foi exatamente aquela entregue pelo comprador.

A esta altura, vale lembrar que nem todos os contratos possuem as mesmas características, sendo que uns podem ser mais simples do que outros e, conseqüentemente, fazendo com que o problema informacional se manifeste de forma mais intensa naquelas relações contratuais mais complexas⁶⁹. De um lado, é possível que o contratante tenha informações (quase) plenas sobre a execução do contrato, isto é, que seja capaz de observar toda a ação do contratado. Para ilustrar, pode-se imaginar um contrato cujo objeto é a entrega de um produto homogêneo em quantidade certa, a exemplo, entrega de dez canetas de uma determinada marca. De outro lado, existem situações em que a ação do contratado não é observável em toda a sua extensão, sendo que falta a este último informações exatas sobre a execução do objeto do contrato. Essa assimetria informacional, a depender de sua medida, pode gerar problemas na relação contratual, seja no sentido de criar incentivos para que o contratado se comporte de maneira indesejada, seja conduzindo o contratante a escolhas distantes do ótimo ou mesmo do desejável.

Os problemas advindos da assimetria informacional, relacionados ao dever de prestação de contas pelo contratado, à capacidade do contratante de observar o cumprimento das prestações, e à indução de comportamentos desejados, fizeram com que estudiosos se debruçassem sobre a matéria⁷⁰. Iniciou-se um esforço no sentido de desenvolver uma teoria que pudesse dar contornos mais claros ao problema, às suas causas e às suas conseqüências. Desses estudos derivou o que é conhecido

⁶⁸ Bikhchandani, Sushil; Hirshleifer, Jack. John G. Riley, *The Analytics of Uncertainty and Information*, p. 308.

⁶⁹ Eisenhardt, Kathleen M. *Agency Theory: An Assessment and Review*, p. 61.

⁷⁰ Miller, Gary J.; Whitford, Andrew B. *Trust and Incentives in Principal-Agent Negotiations The 'Insurance/Incentive Trade-Off'*, p. 232.

atualmente, em especial no seio da análise econômica, como teoria do agente-principal, ou problema de agência.

Existe uma relação de agência entre duas ou mais partes sempre que uma delas, designada de agente, atua em prol ou em representação de outra, designada de principal, sendo que nesta atuação existe para o agente – de forma exclusiva – certo domínio sobre a tomada de decisões⁷¹.

Sob a lente da teoria do agente-principal, os contratos são analisados em dois momentos distintos. A um, quanto à escolha do principal (contratante) em pôr um bem valioso sob o controle do agente (contratado). A dois, quanto à escolha do agente entre cooperar com o principal ou se apropriar do bem que lhe foi confiado⁷². A teoria desenvolvida se afigura de grande importância a partir do momento em que, esclarecida a maneira como os envolvidos procedem à tomada de decisões, o principal seja capaz de induzir no agente o comportamento desejado.

É o caso, por exemplo, dos acionistas (principal) de uma grande empresa que precisam entregar a um gerente (agente) o poder de direção da empresa, sem que possam, ao mesmo tempo, monitorar diretamente a sua atividade⁷³. É o que ocorre em algumas grandes corporações, em que o Conselho de Administração, composto por representantes dos acionistas da empresa, concede a uma única pessoa, o CEO (*chief executive officer*)⁷⁴, poderes de conduzir toda a sociedade. Em que pese o fato de este CEO ter para com o Conselho de Administração deveres de prestação de contas, sua atividade não é diretamente controlada pelos proprietários da empresa. A teoria do agente-principal auxilia esclarecer qual a melhor forma de o Conselho de Administração induzir que o CEO adote um comportamento adequado, ainda que suas ações não sejam absolutamente observáveis.

A teoria do agente-principal propõe ainda uma abordagem do problema sob a lente neoinstitucionalista, no sentido de que as “instituições” não correspondem necessariamente a uma estrutura formal, mas sim a um conjunto de normas, regulamentos e rotinas. Desta forma, seria necessária a construção de mecanismos de

⁷¹ Ross, Stephen A. *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, p. 134.

⁷² Cooter, Robert; e Ulen, Thomas. *Direito e Economia*, p. 419.

⁷³ Miller, Gary J.; Whitford, Andrew B. *Trust and Incentives in Principal-Agent Negotiations The 'Insurance/Incentive Trade-Off'*, p. 232.

⁷⁴ Termo difundido nos Estados Unidos da América e utilizado em outros países, inclusive Portugal. Informações extraídas do sítio eletrónico Wikipédia, em 12/06/2019, no link https://pt.wikipedia.org/wiki/Diretor_executivo.

vigilância, controle, e sanção, a fim de induzir um padrão comportamental⁷⁵. Daí destaca-se a importância do planejamento, implantação e acompanhamento de técnicas tais como *benchmarking*, *balance scorecard* e *accountability*⁷⁶. Mas não é só.

Quando coloca em foco os problemas envolvendo a relação entre ambos os contratantes, a teoria do agente-principal permite trabalhar com a ideia de custos de agência. Os custos de agência⁷⁷ podem ser compreendidos como a soma dos (a) custos relativos ao monitoramento do agente pelo principal, (b) custos de o agente cumprir com as regras impostas pelo principal, bem como (c) os custos ligados à perda residual (a perda residual é definida como atividades benéficas não realizadas porque os agentes tendem a escolher outras atividades que maximizam seus próprios benefícios em vez do benefício do principal, o qual pode nunca saber que experimentou perdas benéficas, o que reduz sua riqueza.)⁷⁸. Importante ressaltar que a execução direta da atividade eliminaria os custos de agência em relação ao contratante e contratado, pois a relação contratual deixaria de existir.

Desta forma, comparando os custos de agência (solução horizontal) com os custos de executar diretamente a atividade (solução vertical), é possível que o principal decida de forma mais clara sobre quando, como, quanto, e a quem transferir a execução da atividade. Apenas as circunstâncias concretas de uma determinada situação poderão dizer qual a maneira mais eficiente de se desempenhar a atividade, não existindo resposta única e plurivalente.

2.3 *Remediação da Posição de Refém*

A teoria do agente-principal deixa claro que a assimetria informacional coloca o agente em situação de vantagem sobre o principal. Uma vez existindo vantagem para o agente, é possível que ele se comporte de maneira oportunista e tente locupletar-se indevidamente, utilizando-se da posição privilegiada em que se encontra. O principal, por sua vez, deve se utilizar de mecanismos variados para contornar a desvantagem existente. Entretanto, não existem garantias absolutas tampouco certezas, sendo que o risco de inadimplemento e demais prejuízos continua existindo, em maior ou menor medida.

⁷⁵ Nóbrega, Marcos. *Direito e economia da Infraestrutura*, p. 74.

⁷⁶ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 559.

⁷⁷ Jensen, Michael C.; Meckling, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, p. 5-6.

⁷⁸ Hermeindito, *Agency Problem and Residual Loss: A New Approach in Assessing Firm Value Dilution*, p. 7.

Esse risco mostra-se especialmente grave quando o objeto do contrato envolve interesse público. Notadamente nos contratos administrativos, quando a Administração Pública contrata um particular, pretende-se que o contratado desenvolva a atividade sem que se afaste dos valores públicos que em tese seriam tutelados caso a atividade fosse desenvolvida diretamente.

Por essa e outras razões, o Direito Administrativo caminhou no sentido de criar poderes especiais à Administração Pública. Em suma, se o problema de agência nos contratos administrativos coloca em risco bens e serviços de especial importância, os mecanismos da Administração Pública para contornar o problema também devem ser especiais, para além do ordinário previsto na legislação civil. Contudo, não se pode fazer pressuposições simplistas e considerar o obstáculo completamente superado.

A seguir, buscar-se-á elucidar se os poderes de conformação da Administração Pública são sempre suficientes para equilibrar a relação contratual e livrar o ente público dos problemas de agência.

2.3.1 Posição de Refém

A assimetria informacional pode desequilibrar a relação contratual, dando vantagem a uma das partes, a qual é mais bem informada do que a outra. Uma vez em posição privilegiada, aquele que detém a informação decidirá se irá cooperar com a outra parte, ou se irá aproveitar o apanágio para apropriar-se de renda extra. Existe, portanto, para o agente mais bem informado, uma tomada de decisão entre cooperar ou enveredar-se para o oportunismo.

Não se pode perder de vista que o problema central da situação examinada é a incapacidade de o principal monitorar as ações do agente e as informações que ele (o agente) detém⁷⁹. Trata-se da inexistência de condições de o principal confiar plenamente nos atributos do agente – tais como inteligência, aptidão, valores, crenças, força de vontade –, pois não os enxerga por completo. Ainda, e por consequência, o principal não consegue perceber de plano se todas as ações do agente foram ou não realizadas no melhor interesse de cumprir com o contrato. Neste cenário, nasce a possibilidade de oportunismo.

Pode-se definir oportunismo como a tentativa do agente de perseguir um ganho individual desviando-se dos deveres de honestidade e lealdade durante uma transação.

⁷⁹ Brehm, John; Gates, Scott. *Working, Shirking, and Sabotage: Bureaucratic Response to a Democratic Public*, p. 25.

Aproveitando-se da assimetria informacional, o oportunismo do agente se evidencia pela revelação estratégica da informação distribuída assimetricamente⁸⁰. Afinal, apesar de se claro para as partes de um contrato que uma delas é mais bem informada do que a outra, nem sempre são evidentes a medida e o conteúdo deste desequilíbrio. Além de não possuir acesso ao conteúdo da informação, o principal pode não ter certeza de sobre quando determinada informação passou a ser detida pelo agente, tampouco se ela sequer foi de fato adquirida.

A recusa oportunista de cumprimento das prestações contratuais é essencialmente uma expressão de poder monopolista, pois coloca a outra parte em situação de refém. Por isso mesmo, ao menos em princípio, é eficiente desencorajar tal comportamento⁸¹.

O oportunismo evidencia-se especialmente grave quando somado à existência de investimentos específicos. Muitas vezes investimentos são feitos como atos preparatórios voltados a uma relação contratual específica, caso em que apenas poderão dar o retorno esperado condicionados ao sucesso desta relação. Uma vez realizados são considerados custos afundados (*sunk costs*), pois não podem ser facilmente revertidos e reinvestidos de outra forma⁸². São custos realizados, não reversíveis, e específicos para uma determinada situação. Uma vez que o custo se encontra afundado, o investidor terá de dividir o retorno bruto deste investimento com o outro contratante, sem o qual este retorno não existirá.

Fato é que a especificidade dos investimentos gera uma quase-renda para a contraparte. O custo afundado implica uma relação de dependência, que na prática funciona como se fosse um monopólio⁸³. Surge para a contraparte a possibilidade de, oportunisticamente, tirar proveito da situação.

Para ilustrar, tenha-se o capitão de um navio pescueiro que, ao chegar ao Alasca, precisa renegociar o contrato com sua tripulação⁸⁴. Encontrando-se em um local onde não existam outras pessoas dispostas ao trabalho, a tripulação do navio pode atuar como se fosse um monopolista. O capitão do navio, por sua vez, realizou investimentos comprando combustível para a embarcação e demais insumos voltados

⁸⁰ Williamson, Oliver E. *Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations*, p. 317.

⁸¹ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 747.

⁸² Yeon-Koo Che & Jozsef Sakovics, *The New Palgrave Dictionary of Economics*, p. 60-63,

⁸³ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 643.

⁸⁴ Cooter, Robert; e Ulen, Thomas. *Direito e Economia*, p. 344-345.

para a pesca. Caso não consiga renegociar o contrato, a embarcação terá de voltar para a sua cidade de origem, entretanto, com o barco vazio, sem nenhum peixe.

Importante ressaltar que problemas relacionados a investimentos específicos são cada vez mais frequentes à medida que a evolução tecnológica torna recorrente fenômenos como externalidades positivas de rede⁸⁵ e *path dependence*⁸⁶. Uma tecnologia inicialmente inovadora, a qual consegue se afirmar como uma tecnologia padrão ou *standard*, tende a implicar uma dependência tecnológica (*path dependence*); ou seja, faz com que os usuários fiquem atrelados a esse padrão, o que pode conduzir a um monopólio por parte da empresa que entrou em primeiro lugar no mercado. Isso ocorre pelo fato de que todo novo usuário que adere à rede gera benefício a todos os demais usuários (externalidade positiva de rede), o que faz com que a descontinuidade do padrão gere um custo muito alto (ainda que a tecnologia usada não seja a mais eficiente atualmente existente), reforçando cada vez mais a dependência.

À medida que o credor de uma prestação contratual aumenta a sua dependência face àquela relação específica, notadamente por meio de investimentos de confiança, produz dois efeitos: (a) no tocante às fontes alternativas de satisfação de seus interesses, isto é, outros concorrentes existentes no mercado, gerando um efeito de *lock out*, pois os tranca do lado de fora; (b) já no que se refere ao próprio credor, fica embaraçado na relação em que se encontra, sem poder desvencilhar-se, gerando um efeito de *lock in*.

Na hipótese de a tutela jurídica do credor – em especial as sanções contratuais – ficar aquém daquilo que é o valor do cumprimento da prestação⁸⁷, fica aberto espaço para oportunismo do devedor, gerando o impasse do *holdup* contratual. Conforme ensina Fernando Araújo, “o *holdup* é a tomada de um refém, e esse refém é a contraparte no contrato”⁸⁸; “é, na essência, uma situação temporária de monopólio de facto que uma parte pode explorar ditando à outra parte condições redistributivas, sob a ameaça de terminar a relação e provocar a estes danos específicos”⁸⁹.

O devedor de uma prestação contratual, diante da situação de *holdup*, tem o credor como seu refém, pois sabe da dependência dele com aquela relação específica

⁸⁵ Freire, Maria Paula Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*, p. 522.

⁸⁶ Posner, Richard. *Antitrust Law*, p. 249.

⁸⁷ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 645-646.

⁸⁸ Idem, p. 632-633.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 645-646.

e da impossibilidade de se desvencilhar. Alternativas para o credor, ainda que existentes no mercado, encontram-se acessíveis a um custo muito alto, pois investimentos já foram feitos confiando na relação anterior.

Nessas condições, existem incentivos para que o devedor não cumpra com a prestação contratual devida. Ao invés de adimplir o quanto firmado anteriormente, pode recusar-se a fazê-lo, impondo uma renegociação do montante anteriormente pactuado. O risco de inadimplemento, quando tem o potencial de gerar alto custo para o credor, pode levá-lo a aceitar a negociação. O *holdup* permite ao devedor, durante essa renegociação, que tente elevar o preço do contrato até o limite do custo para o credor de levantar os seus investimentos e partir para uma nova relação contratual. Portanto, quanto maior forem os investimentos específicos (*sunk costs*), maior a margem para que o devedor, de forma oportunista, se recuse a cumprir com a prestação e tente renegociar o contrato.

Fato é que a colocação do credor na posição de refém, ainda que crie incentivos para que o devedor se recuse a cumprir com a prestação contratual de forma oportunista, pode coexistir com outros incentivos. Existem fatores, de diversas ordens, que podem apontar no sentido contrário. Para além da lealdade pura, sem entrar no mérito da subjetividade das pessoas, pode-se elencar outros elementos que atenuam, senão aplacam, o comportamento oportunista, a saber: (a) a previsão de sanções contratuais⁹⁰, notadamente quando impõem ônus superior às vantagens do descumprimento; (b) mecanismos legais que evitem ou contornem o comportamento oportunista; (c) no caso de trocas repetitivas⁹¹, onde existe para a contraparte a expectativas de novos contratos; (d) na existência de sistema de reputação⁹², mais ou menos estruturado, que deva ser zelado pela contraparte.

Percebe-se que o contrato, apesar de ter nascido como expressão da liberdade individual, pode se tornar veículo de poder de uns e servidão de outros. A economia de mercado e a lógica da barganha tendem naturalmente a criar meios de opressão⁹³. Por isso mesmo, demanda a necessidade de ser conduzida por uma ordem legal que possa evitar tais situações.

⁹⁰ Pereira, Pedro Matias. *Gestão do contrato Administrativo: a Aplicação de Sanções*, p. 87.

⁹¹ Che, Yeon-koo; Sakovics, Jozsef. *The New Palgrave Dictionary of Economics*, p. 60-63.

⁹² Bolton, Gary E. Bolton; et al. *Cooperation among strangers with limited information about reputation*, p. 1457-1468; Bolton, Gary E. Bolton; et al. *The Limits of Trust in Economic Transactions*, pp. 1-22.

⁹³ Amato, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power*, p. 99-100.

2.3.2 *Poderes de Conformação*

Os problemas oriundos do movimento migratório de privatização por meio do contrato não passaram despercebidos aos olhos dos administrativistas. Afinal, o Poder Público não está imune de encontrar-se em uma relação contratual onde a contraparte, pelo fato de estar em uma posição privilegiada, tente tirar proveito disso. Nada impede que esta contraparte, valendo-se do domínio da atividade, tome a Administração Pública como refém para que possa angariar uma renda maior do que a estipulada no clausulado.

Ocorre que a Administração Pública, diferente de um particular, quando firma um contrato o faz (ao menos em tese) no interesse de toda a sociedade. Desta forma, a tomada da Administração Pública como refém atenta contra o interesse público e atinge toda a sociedade. Tendo em vista que o atentado a um interesse público é teoricamente mais grave do que a violação de um interesse particular, tem-se a necessidade de que haja também um tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico.

Considerando que os contratos administrativos têm como objeto provisões que visam atender a interesses públicos, caso a execução destas provisões esteja ameaçada é preciso que as autoridades públicas que firmaram o contrato possam reagir perante eventual violação⁹⁴. Ainda que contrariando o equilíbrio de poderes dentro da relação contratual, é razoável que o ordenamento jurídico permita à Administração Pública, desde que havendo justa causa, capacidade de reação unilateral, tais como a imposição de sanções, a execução forçada, ou mesmo o encerramento ou modificação unilateral do contrato.

Em verdade, a necessidade de existirem poderes de conformação não só foi assimilada por vários ordenamentos jurídicos, como também constitui verdadeira matriz identitária do Direito Administrativo. Conforme ensina o professor Paulo Otero, a supremacia da Administração Pública e a existência de poderes de autoridade a ela conferidos são traços essenciais do Direito Administrativo⁹⁵.

Os poderes de conformação possuem natureza jurídica de garantia, isto é, são meios criados pela ordem jurídica com a finalidade imediata de prevenir ou

⁹⁴ Auby, Jean-Bernard. *Contracting out and 'public values': a theoretical and comparative approach*, p. 520.

⁹⁵ Otero, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, volume I, p. 34-35.

remediar⁹⁶ violações ao interesse público que se buscou satisfazer quando o contrato foi elaborado. Em nome da tutela do interesse público, a pilotagem do contrato é entregue à Administração Pública, a qual passa a possuir poderes de duas ordens: (1) poderes conformativos e de atualização, que evitam a defasagem do clausulado, e (2) poderes efetivos de reação, como resposta ao risco de incumprimento⁹⁷.

Não se pode negar que nos contratos administrativos – como é natural em todo contrato – deve existir uma ideia de paridade, onde as partes, com interesses recíprocos, relacionam-se em condição de equilíbrio⁹⁸. A existência de proporção é elementar para que qualquer transação seja frutífera. Do contrário, havendo um quadro de vulnerabilidade, o contrato seria desinteressante, e potenciais contraentes seriam de antemão dissuadidos de negociar com a Administração Pública.

De outro lado, em prol da tutela do interesse público, coexiste com a ideia de paridade uma lógica de cumprimento⁹⁹. Em outras palavras, se os contratos administrativos buscam a satisfação de uma necessidade pública, é igualmente de interesse público que estes contratos sejam devidamente cumpridos. Por essa razão, há um esforço recrudescido por parte do ordenamento jurídico no sentido de suprimir os riscos de incumprimento; são garantidos poderes especiais à Administração Pública para que o contrato seja efetivamente executado.

Os poderes de conformação da Administração Pública podem ser encontrados – em maior ou menor medida – em vários países, tais como Portugal, Brasil, Inglaterra, Alemanha, Itália, França e Espanha¹⁰⁰. Apesar de diferenças quanto ao seu fundamento jurídico, limites e requisitos, verifica-se uma uníssona preocupação com a continuidade dos serviços públicos, a qual justifica a previsão de poderes especiais. O parceiro privado, por sua vez, ao aceitar colaborar com a realização do interesse público, coloca-se “num plano funcional, numa *situação estatutária*”¹⁰¹, legitimada pela essencialidade do objeto do contrato.

Em Portugal fala-se em regime substantivo da execução dos contratos administrativos, o que significa que as “características da relação contratual administrativa implicam um *regime substantivo de execução* dos contratos, em que se

⁹⁶ Caetano, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, p. 1202.

⁹⁷ Gonçalves, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 506.

⁹⁸ Idem, p. 507.

⁹⁹ Pereira, Pedro Matias. *Gestão do Contrato Administrativo: a aplicação de Sanções*, p. 73.

¹⁰⁰ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 407-531.

¹⁰¹ Gonçalves, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 507.

procure assegurar, em termos adequados, o cumprimento da imposição constitucional da prossecução do interesse público”¹⁰². O Código dos Contratos Públicos¹⁰³ prevê para a Administração Pública alguns poderes legais, os quais se distanciam do regime paritário próprio dos contratos de direito privado. São eles, a exemplo: (a) poderes de direção do modo de execução do contratante (artigo 304.º); (b) poderes de fiscalização técnica, financeira e jurídica (artigo 305.º); (c) poderes de modificação unilateral das cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações (artigo 311.º, n.º 2, e 313.º); (d) poder de aplicação de sanções (artigo 329.º); (e) poder de resolução unilateral do contrato nos casos de (i) razões de interesse público (artigo 334.º), (ii) resolução sancionatória (artigo 333.º), e (iii) resolução por alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias (artigo 335.º, n.ºs 1 e 2).

Já no Brasil fala-se em cláusulas exorbitantes, isto é, são cláusulas contratuais que seriam consideradas ilícitas em contrato celebrado entre particulares, pois coloca a Administração em posição de supremacia sobre o contrato¹⁰⁴. A legislação brasileira permite que a Administração Pública faça uso dessas cláusulas exorbitantes, estando a maioria delas prevista na Lei de Licitações (Lei 8.666/93)¹⁰⁵. A exemplo, é possível citar (a) a exigência de garantia (art. 56, § 1º); (b) alteração unilateral (art. 58, I, e art. 65, I), qualitativa ou quantitativa; (c) rescisão unilateral (art. 58, II, e arts. 79, I, 78, I, XII, XVII); (d) o poder de fiscalização (art. 58, III, e art. 67); (e) a aplicação de penalidade (art. 58, IV, e art. 87); (f) retomada do objeto (art. 80); (g) restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

Ainda, para ilustrar, pensemos no sistema administrativo dos Estados Unidos da América que tem a modificação dos contratos públicos como um traço estruturante do seu regime normativo¹⁰⁶. A denominada *changes clause*, regulamentada na Parte 43 da *Federal Acquisition Regulation*¹⁰⁷ e presente na maioria dos contratos governamentais¹⁰⁸, constitui genuíno poder de modificação unilateral do contrato, que

¹⁰² Andrade, Jose Carlos Vieira. *Licoes de Direito Administrativo*, p. 248.

¹⁰³ Portugal. Decreto-Lei n.º 18, de 29 de janeiro de 2008. Código dos Contratos Públicos.

¹⁰⁴ Zanella, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 354.

¹⁰⁵ Brasil. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*.

¹⁰⁶ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 408.

¹⁰⁷ Estados Unidos da América. *Federal Acquisition Regulation*, Part 43.

¹⁰⁸ Cibnic, John; et al. *Administration of Government Contracts*, p. 383.

envolve a possibilidade de a Administração Pública ordenar ou introduzir alterações mesmo no curso da performance contratual¹⁰⁹.

É importante ressaltar que, para que a lógica de cumprimento coexista em harmonia com a ideia de paridade, há uma exigência elementar que deve ser observada, a qual impõe-se como limite aos poderes unilaterais de conformação: trata-se do respeito pela natureza global do acordo-quadro¹¹⁰, o que reflete a impossibilidade de modificação das regras cardinais do contrato¹¹¹. Qualquer modificação que desconfigure substancialmente o clausulado, alterando-o a ponto de equivaler a um novo contrato, é desproposita à lógica administrativa de garantir competição no certame.

A União Europeia, no Artigo 72.º de sua Diretiva 2014/24/UE, que versa sobre a modificação de contratos públicos durante o seu período de vigência, exemplifica muito bem quais modificações podem ser consideradas substanciais e, portanto, devem ser coibidas. Na linha do que entende a Diretiva da União Europeia¹¹², tornam materialmente diferente o acordo-quadro celebrado aquelas modificações que: (a) se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos; (b) alteram o equilíbrio económico do acordo quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista inicialmente; (c) alargam consideravelmente o âmbito do contrato; (d) substituem o adjudicatário inicial por um novo, fora das hipóteses legais.

Ante todo o exposto, percebe-se que os poderes de conformação da Administração Pública são um mecanismo que busca driblar o incumprimento e eventual oportunismo do parceiro privado por meio da previsão de poderes especiais que permitam reação unilateral por parte do contraente público. Em suma, os poderes de conformação afiguram-se como a forma de remediar os reveses impostos pelo fenómeno da administração por contratos.

Resta elucidar, agora, se esta afirmação é válida para os problemas informacionais. A escassez informacional por parte do contraente público, oriunda do fenómeno da contratação, também é remediada pela existência dos poderes de conformação? É possível que os problemas informacionais sejam tratados no mesmo

¹⁰⁹ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 410.

¹¹⁰ Gonçalves, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 570.

¹¹¹ Cibnic, John; et al. *Administration of Government Contracts*, p. 385.

¹¹² União Europeia. *Diretiva 2014/24/UE*, Artigo 72.º.

bojo dos demais problemas oriundos da contratação, e que seja dada a eles a mesma solução, qual seja, poderes especiais de conformação? Os poderes de conformação são suficientes para superar os problemas informacionais oriundos da relação contratual? São essas as perguntas que se pretende responder nos próximos capítulos.

3 Utilidade da Informação

A proposta do presente trabalho é elucidar se os poderes de conformação são suficientes para superar o problema informacional durante a execução dos contratos administrativos. É saber se à Administração Pública, no afã de adquirir mais informação no desenvolvimento do contrato, basta impor os poderes legais que lhe foram conferidos em prol da tutela do interesse público. Ocorre que, ante a natureza singular da informação, são necessários alguns esclarecimentos quanto à sua utilidade.

No decorrer das últimas décadas foi possível perceber um interesse cada vez maior quanto ao tema da informação, o qual influenciou vários ramos da ciência. Isso porque foi reconhecida a sua utilidade e, conseqüentemente, os impactos da sua escassez. Nesse ínterim, é natural que se faça o seguinte questionamento: para que serve a aquisição de informação? Responder a esta pergunta é perquirir não só os benefícios advindos com a sua aquisição, mas também os efeitos deletérios da sua ausência. No cenário onde se tem pouca informação, quais efeitos podem ser verificados?

Tais questionamentos são interessantes, em especial tratando-se de informação, pois levam à reflexão quanto à possibilidade de o problema poder afetar a própria solução que é proposta a ele. No caso em que ao problema da falta de informação é proposta a solução dos poderes de conformação, questiona-se: não poderia aquela impedir o bom uso destes? A falta de informação obsta o bom uso dos poderes de conformação? Para responder a estas perguntas é que se faz necessário elucidar a utilidade da informação e, logo em seguida, esclarecer qual seria essa utilidade especificamente no desenvolvimento dos contratos administrativos.

Nas próximas linhas será abordada a utilidade da informação, a fim de que se esclareça o grau de sua importância. Em seguida, uma breve análise sobre a assimetria informacional, os seus efeitos no mercado e nas relações de agência, com o intuito de

ilustrar a relevância do tema. Por fim, vale fazer uma abordagem da utilidade da informação especificamente no campo da execução dos contratos administrativos.

3.1 Informação e Tomadas de Decisão

É de se perguntar, a esta altura do trabalho, qual a importância da informação. Em outras palavras: por que as informações importam? A resposta é relativamente simples. As informações são úteis, pois orientam as tomadas de decisão. Quanto mais informação se adquire, mais bem informada é a tomada de decisão, e consequentemente, tende a ser uma decisão a mais próxima do ótimo.

Toda escolha é uma eleição entre alternativas possíveis. Cada alternativa, por sua vez, leva a um ou mais resultados. O tomador de decisão racional busca, com sua escolha, maximizar a utilidade. A escolha ótima, portanto, é aquela que resulta em mais utilidade. Ocorre que, não raro, escolhas são feitas sob incerteza. A incerteza faz com que o tomador de decisão não consiga enxergar, dentre as alternativas possíveis, aquela que lhe será mais útil.

A incerteza faz com que o tomador de decisão escolha com base em probabilidade, uma vez que a exatidão não pode ser alcançada. Servindo-se de todas as informações disponíveis, o tomador de decisão calcula qual a melhor alternativa possível. Caso adquira mais informação, a incerteza reduz, e consequentemente, aumenta a probabilidade de uma escolha ótima. Informações são importantes, pois orientam o tomador de decisão e o conduzem a uma escolha desejável.

A análise sobre como proceder a uma escolha adequada é objeto da chamada teoria da decisão (*decision theory*). A teoria da decisão estrutura o problema da escolha ótima em quatro partes¹¹³, a saber: (a) a definição de uma função objetiva que traduza o desejo pelos resultados possíveis; (b) especificação das alternativas que estão disponíveis para o tomador de decisão; (c) especificação do modelo que relacione a função objetiva com as alternativas possíveis e demais variáveis; e (d) os métodos computacionais de escolha da melhor alternativa possível, cuja performance atinja o melhor desempenho à luz da função objetiva eleita.

Acontece que, como observado por Kenneth Arrow¹¹⁴, a teoria da decisão restringe-se muito à análise do quarto elemento, isto é, se preocupa mais com os métodos computacionais de otimização da escolha. Os demais fatores – o grau de

¹¹³ Arrow, Kenneth. *Collected Papers - The Economics of Information*, p. 55.

¹¹⁴ Idem, p. 55.

desejo por cada resultado, o leque de alternativas e o modelo do problema – são entendidos como constantes, assumidos pela teoria da decisão como elementos já postos. Assim, a necessidade de uma visão mais ampla fez despontar uma nova abordagem do problema.

Outros estudos começaram a surgir no sentido de que o método computacional de análise, dentre todos os fatores, não é necessariamente o mais relevante em uma tomada de decisão. Os demais elementos estão longe de serem estanques; além disso, são interdependentes. Toda decisão possui como referência um dado momento (referência temporal), bem como está associada à quantidade de informação acumulada. O acúmulo de conhecimento, verificável em relação a cada agente em um dado momento, altera as variáveis que compõem a tomada de decisão.

Por isso mesmo, Philip B. Evans e Thomas S. Wurster afirmam que “*every business is an information business*”¹¹⁵; na tradução livre, todo negócio é um negócio de informação. Defendem os autores que muitos negócios, ainda que não sejam considerados propriamente um negócio voltado às informações, possuem uma grande parte do custo de sua estrutura voltado às informações. Citam como exemplo a assistência médica no Estados Unidos; ainda que voltada prioritariamente a tratamentos na área da saúde, um terço de todo o seu orçamento – aproximadamente \$300 bilhões – é voltado para o custo de capturar, armazenar e processar informações relacionadas ao histórico dos pacientes, aos prontuários médicos, aos testes de resultados de exames, ao estoque de medicamentos e insumos, dentre outros.

Quando se pensa em uma empresa muitas vezes a imagem que vem à mente é a de um estoque de insumos, os quais passam por uma linha de produção, e aos poucos, por meio da mão-de-obra de homens ou robôs, vão se transformando em um produto final. Ocorre que, para além deste fluxo linear de acontecimentos físicos¹¹⁶, toda empresa é composta de um grande fluxo de informações. Toda instituição é construída sob o entendimento mútuo dos agentes que a compõem. Sem informação não seria possível uma tomada de decisão adequada sobre quanto ou como produzir. As informações permeiam a empresa e dão ânimo a ela.

Quando se fala em marca o que se quer dizer é a forma como a empresa, por meio de um símbolo, sinaliza aos seus consumidores informações sobre as suas características e a qualidade de seus produtos. Quando se pensa em fortalecer a marca,

¹¹⁵ Evans, Philip; Wurster, Thomas S. *Strategy and the New Economics of Information*, p. 72.

¹¹⁶ Idem, p. 72.

por meio do marketing, fala-se nas formas de atingir um determinado público alvo, através de meios de comunicação mais diversos, reforçando as informações que circundam aquele símbolo. Quando se fala em reputação *online* tem-se o esforço de capturar dos clientes informações sobre a impressão que estes possuem da empresa, recorrendo às redes sociais e demais fontes na internet. Quando se fala no valor da relação com o consumidor entende-se o esforço em adquirir informações quanto ao que os consumidores pensam sobre o trato dispensado por essa empresa, e a maneira de trabalhar estas impressões. Quando se refere a preço competitivo diz-se daquele que, mesmo comparado a todos os demais preços que outros estabelecimentos semelhantes informam (ofertam) no mercado, ainda oferece atratividade.

Na seara pública as informações não assumem papel menos importante. Informações são necessárias para a elaboração de políticas públicas, para a celebração de contratos e para a regulação de atividades¹¹⁷. Ainda, vale ressaltar dois fatores que agravam a situação: (a) considerando que a Administração Pública existe em prol da sociedade, e não como um fim em si mesmo, informações no que tange à conveniência e grau de desejo dos resultados possíveis encontram-se espalhadas, de forma difusa, no coletivo, não podendo o administrador público nortear-se apenas pelas suas próprias convicções; (b) da mesma forma, tratando-se de atividade voltada ao coletivo, as informações relativas à sua execução geralmente encontram-se dispersas, em caráter difuso, aumentando a dificuldade de aquisição dessa mesma informação.

Para ilustrar, tomemos o caso dos cigarros eletrônicos, ou também denominados *e-cigarettes*. São dispositivos inseridos no mercado a partir do ano 2007, e que hoje possuem certa popularidade em alguns países. Da mesma forma que os cigarros convencionais possuem nicotina, substância altamente viciante, a qual alivia os fumantes tradicionais dos efeitos da abstinência. De outro lado, os cigarros eletrônicos possuem a especificidade de não funcionarem por meio de combustão, mas sim, entregam nicotina ao usuário através de um aerossol (vapor, o qual deu origem à expressão *vaping*, que indica o ato de consumir cigarros eletrônicos). Desta forma, possuem a vantagem de entregar ao usuário dependente a nicotina desejada,

¹¹⁷ Parson, Edward A.; Goglianese, C.; Zeckhauser, R.; et al. *Seeking Truth for Power: Informational Strategy and Regulatory Policymaking*. p. 278.

todavia, livre de inúmeras outras substâncias malignas contidas apenas no cigarro convencional, a exemplo, benzeno, amônia, arsênico e chumbo¹¹⁸.

Diante desse cenário, questiona-se qual a melhor postura a ser adotada pela Administração Pública. Deveriam os cigarros eletrônicos serem banidos? Ao contrário, deveria o seu uso ser estimulado? Ainda, o que não deixa de ser uma escolha possível, deveria a Administração Pública quedar-se inerte, nada fazer, e deixar o cigarro eletrônico à mercê do livre mercado? A tomada de decisão da Administração Pública neste caso é uma escolha sob incerteza. Não é claro a qual resultado cada alternativa pode conduzir. A tomada de decisão, portanto, dependerá de um complexo cálculo de probabilidades.

Certo é que a Administração Pública busca velar pela saúde coletiva; ainda, zela o máximo possível pela autodeterminação dos indivíduos. Ocorre que a alternativa cujo resultado mais se aproxima deste objetivo não está clara, ante a complexidade do problema. De um lado, existe a alegação de que o cigarro eletrônico tende a substituir o cigarro convencional, pois proporciona aos fumantes já dependentes uma alternativa capaz de aliviar os efeitos da abstinência da nicotina, contudo, sem infligir todos os malefícios do tabaco. Nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que o cigarro eletrônico promove uma política de redução de danos, pois diminui o uso do cigarro tradicional e implementa melhorias na saúde pública. Afinal, é o que consta da campanha publicitária da Juul – maior companhia de cigarros eletrônicos do mundo hoje –, onde diz “*Juul was designed with adult smokers in mind*”¹¹⁹¹²⁰. De outro lado, existe a alegação de que o cigarro eletrônico não atingiu apenas fumantes já dependentes. Ao contrário, contesta-se no sentido de que a prática de *vaping* aumentou a quantidade de fumantes, tornando o cigarro ainda mais popular, principalmente entre os mais jovens. Neste sentido, o cigarro eletrônico aumentou o risco de lesão à saúde pública e, conseqüentemente, afastou-se do objetivo primário da Administração Pública.

Voltando à tomada de decisão no âmbito das políticas públicas, resta reconhecer que a escolha da Administração Pública é uma escolha sob incerteza. Optando por esta ou aquela alternativa, nada mais há que uma probabilidade de promoção da saúde pública; inexistem certezas. Entretanto, deve-se ressaltar que a

¹¹⁸ Dubner, Stephen J. *The Truth About the Vaping Crisis*.

¹¹⁹ Na tradução livre do autor, “A Juul foi pensada para adultos fumantes”.

¹²⁰ Juul. *Chamada publicitária no sítio eletrônico da companhia Juul*.

aquisição de informações sobre o caso pode reduzir a incerteza e aumentar a probabilidade de um resultado exitoso. Quanto mais evidências forem colhidas sobre o impacto dos cigarros eletrônicos no mercado de fumantes, maiores são as chances de uma escolha acertada. A decisão entre o banimento, a liberação ou a regulação do cigarro eletrônico perpassa por questões prévias tais como: (a) houve aumento no número total de fumantes após a entrada dos cigarros eletrônicos no mercado? (b) qual a faixa etária dos fumantes de cigarros eletrônicos? (c) os usuários de cigarro eletrônico já fizeram uso de tabaco anteriormente?

Dito isto, pode-se afirmar que a grande utilidade das informações para a tomada de decisão está na redução da incerteza, o que permite uma maior probabilidade de que seja eleita a alternativa que melhor conduza ao resultado desejado. O tema da informação nem sempre teve o seu reconhecimento merecido, o qual foi atingido a partir de estudos voltados à teoria da informação, à análise económica da informação, bem como aos efeitos deletérios da assimetria informacional.

3.2 Teoria da Informação

No final da década de 1940, a fim de sistematizar o conhecimento necessário ao entendimento da eficiência em sistemas de informação, o matemático, engenheiro eletrônico e criptógrafo estadunidense ¹²¹ Claude Elwood Shannon propôs a denominada Teoria Matemática da Comunicação¹²², o que lhe oportuniza, hoje, ser conhecido como o “pai da teoria da informação”¹²³. O grande mérito da teoria da informação foi o de revelar quais as leis gerais que regem o processo de transmissão de informação¹²⁴. A teoria desenvolvida por Claude Shannon tinha como foco a capacidade de se reproduzir de um ponto a outro, com exatidão ou o mais próximo disso, uma mensagem selecionada pelo emissor. A análise levou em consideração os ruídos que afetavam o canal de comunicação, a medida da informação, e a estrutura dos sistemas de informação.

Para Claude Shannon, um sistema de comunicação é composto de cinco elementos: uma fonte de informação (a qual produz a mensagem a ser comunicada),

¹²¹ James, Ioan. (1 de janeiro de 2009). Claude Elwood Shannon 30 April 1916 -- 24 February 2001.

¹²² Shannon, Claude. *A Mathematical Theory of Communication*, p. 1 ss.

¹²³ Wikipedia. *Claude Shannon*.

¹²⁴ Kalman, R. E. *On the General Theory of Control Systems*, p. 481.

um transmissor (responsável por codificar a mensagem e emitir um sinal), um canal de comunicação (meio pelo qual o sinal é transmitido), um receptor (responsável por receber o sinal e decodificá-lo, reconstruindo a mensagem), e um destinatário (a quem a mensagem é endereçada)¹²⁵. A partir desta ideia, tanto o autor citado como outros que o sucederam teorizaram alguns problemas gerais envolvendo os sistemas de comunicação.

O trabalho de Claude Shannon em 1948, intitulado *A Mathematical Theory of Communication*, revolucionou o estudo da comunicação e deu início a um novo campo científico, atualmente denominado teoria da informação (*information theory*). As ideias e perspectivas oriundas da Teoria da Informação inspiraram pesquisadores de diversas outras disciplinas, desde administração de empresas até biologia, os quais com o tempo foram moldando e aperfeiçoando o arcabouço teórico existente¹²⁶.

Com o desenvolvimento do estudo da informação, o conhecimento sobre o assunto foi sendo sistematizado. Vários autores partiram em busca de conceituar informação, bem como elencar as suas características. Ocorre que “informação” é uma palavra que carrega vários significados, muitas vezes antagônicos, a exemplo: pode indicar conhecimento acumulado, de outro lado, também pode significar o aumento deste conhecimento já existente; pode ser entendida como evidências do mundo real, mas também como crenças pessoais; pode indicar uma mensagem trocada entre duas pessoas, ou mesmo uma notícia de caráter geral; pode traduzir uma mensagem intencional, ou um variado tipo de comunicações não intencionais; pode significar uma informação fundamental sobre um estado da natureza, ou pode ser uma meta-informação, isto é, uma informação sobre a informação¹²⁷.

Conforme ensina a professora Isabel Maria Ribeiro Ferin Cunha¹²⁸, a palavra informação tem origem latina, “do verbo “informare”, que significa dar forma, colocar em forma, criar, mas também representar, construir uma ideia ou uma noção”. Já no sentido coloquial informação é todo esclarecimento que pode ser dado a alguma pessoa sobre qualquer dúvida que ela indaga; isto é, o conhecimento em qualquer forma através da qual possa ser transferido.

¹²⁵ Shannon, Claude. *A Mathematical Theory of Communication*, p. 2.

¹²⁶ Aftab, O; Cheung, A; Kim, S. et al. *Information Theory and The Digital Age*, p.2.

¹²⁷ Hirshleifer; Riley. *The Analytics of Uncertainty and Information*, p. 169 ss.

¹²⁸ Cunha, Isabel M. R. Ferin. *Informação e informações*, p. 47.

Há quem defina informação como parte do processo de transformação de dados em conhecimento¹²⁹. Para estes autores, as palavras “dado”, “informação” e “conhecimento” possuem importante carga semântica. Dado é basicamente um símbolo, o qual designa um estado característico de uma entidade em determinado momento. Pode-se dizer que o dado primário é coletado, organizado e sintetizado, gerando a partir daí informações. Um dado se transforma em informação quando é possível estabelecer relações entre vários dados. Em síntese, informação é um amontoado de dados estruturados e relacionados, bem como as regras e condições utilizadas para estabelecer estas relações. As informações, por sua vez, são valoradas e utilizadas na tomada de decisões. A informação, aplicada num processo de tomada de decisão orientado, pode ser entendida como um conhecimento útil.

Para o estudo da informação também é importante destacar suas características. Ocorre que, diferente de outros bens, a informação possui características peculiares. Urs Birchler e Monika Bütler destacam algumas idiossincrasias da informação, que não se verificam em outros recursos em geral: (a) a informação pode ser vendida sem que se abra mão dela; (b) sua reprodução é barata; (c) não pode ser ativamente eliminada; (d) não pode ser detectada em uma pessoa; (e) geralmente não é possível impedir a sua disseminação; (f) geralmente não pode ser valorada antes de ser conhecida; (g) pode ser sobre fatos, sobre pessoas, ou sobre informações que outros detêm¹³⁰.

Outro destaque a ser feito quanto aos atributos da informação é o fato de que ela é essencialmente humana. A informação ocorre com o próprio homem, enquanto base de acontecimento¹³¹. Afinal, revela-se em percepções, sensações e emoções. As informações traduzem as relações do homem com o mundo exterior, baseado na observação empírica, e com o desenvolvimento, apossamento e dominação dos fenômenos que o rodeiam. Assim, pode-se entender a informação como um fenômeno essencialmente humano.

Por fim, são oportunos alguns destaques sobre o valor da informação. Robert S. Taylor, em *Value-Added Processes in the Information Life-Cycle*¹³², leciona que: (a) o valor da informação não é inerente a ela, e não é transmitido com a mensagem;

¹²⁹ Taylor, Robert S. *Value-added process in the information life cycle*, p. 341.

¹³⁰ Birchler, Urs; Bütler, Monika. *Information Economics*, p. 16.

¹³¹ Cunha, Isabel M. R. Ferin. *Informação e informações*, p. 47.

¹³² Taylor, Robert S. *Value-added process in the information life cycle*, p. 343.

(b) uma mensagem possui valor apenas quando inserida em um contexto; (c) o valor de uma mensagem é conferido pelo seu usuário, o qual atribui utilidade a ela a depender do ambiente em que se encontra, ocasião em que pode relacionar a mensagem com a solução de problemas ou execução de tarefas; (d) as mensagens possuem em si um potencial de ter valor; (e) a utilidade de uma mensagem revela que o seu usuário decidiu por utilizá-la de imediato para algum fim ou que decidiu armazená-la para seu uso futuro; (f) considerando que as mensagens carregam um valor em potencial, este potencial pode ser sinalizado e relacionado com as necessidades de um determinado ambiente.

Pesquisas influenciadas pela teoria da informação alastraram-se para diversas áreas, desde psicologia, sociologia, linguística, comunicação, engenharia, ciência da computação, ciência cognitiva, inteligência artificial e cibernética¹³³. Por fim, ante as mudanças provocadas mundo afora pelo desenvolvimento dos computadores e da tecnologia, em meados da década de 1960, não tardou até chegar nas ciências econômicas.

3.3 *Economia da Informação*

As ideias trazidas por Claude Shannon também influenciaram as ciências econômicas. Foram lançados novos olhares sobre problemas antigos, com a intenção de mapear os limites da transmissão de informação, os limites de informação que um ser humano pode absorver, os limites da reação de um indivíduo perante uma informação, e a forma como o comportamento do indivíduo é moldado pelo acesso à informação. Em síntese, este novo olhar admite que (a) o indivíduo reage de forma racional perante a informação que lhe é disponível, todavia, acrescenta que (b) sua capacidade de transmissão e processamento da informação é limitada. Desta forma, o comportamento humano, que é moldado pela informação disponível para o indivíduo, pode reagir com lentidão, aleatoriedade ou atraso.

Já na década de 1960, começou a ser cunhado na literatura econômica o termo “economia da informação” (*Information Economics* ou *Economics of Information*)¹³⁴, sendo possível citar como seus primeiros expoentes Kenneth Arrow (Prêmio Nobel em 1972) e George Stigler (Prêmio Nobel em 1982)¹³⁵. Ainda segundo a observação

¹³³ Wheeler, Will. *Economics of Information: a Brief Introduction*, p. 42 ss.

¹³⁴ Fernandes, Pedro Onofre. *Economia da Informação*, p. 165.

¹³⁵ Birchler, Urs; Bütler, Monika. *Information Economics*, p. 15.

de Urs Birchler e Monika Bütler, a economia da informação deve ser entendida como uma disciplina diferente da teoria da informação¹³⁶. A abordagem econômica da informação confere maior importância ao aspecto semântico, relativizando a perspectiva da engenharia. Quanto à engenharia da informação, há uma maior preocupação na sua transmissão, nos limites dos canais de comunicação, e nos ruídos que podem afetar a comunicação. De outro lado, o enfoque semântico preocupa-se com o significado da informação, ou seja, o conteúdo apropriado pelo emissor e que pode ser transmitido ao receptor.

Para os economistas importa o fato de que frequentemente alguns agentes possuem informações privadas sobre suas características e suas ações, as quais outros agentes menos informados não possuem. Este desequilíbrio informacional, por sua vez, possui efeitos importantes que merecem investigação, tais como seleção adversa (ausência de informação sobre as características do outro agente) e risco moral (ausência de informação sobre as ações do outro agente)¹³⁷.

A ideia de assimetria informacional ganhou força na seara econômica, sendo conferida maior importância à diferença de informação que detêm os diversos agentes em um mesmo cenário. Informação assimétrica, conforme o próprio adjetivo indica, se refere às situações em que algum agente, em determinada troca, possui informações que outro agente envolvido na mesma troca não possui. Economistas debruçaram-se sobre os efeitos provocados pela assimetria informacional, bem como sobre as soluções capazes de reduzi-la. A premissa da assimetria informacional, em que pese o fato de ela parecer evidente por si só, apenas influenciou o pensamento econômico de maneira significativa a partir da década de 1970, ocasião em que revolucionou o pensamento econômico moderno¹³⁸.

De forma pioneira, Kenneth Arrow investigou os efeitos do desequilíbrio informacional nos mercados. Segundo ele, a parte mais informada teria incentivos para agir de forma desonesta em prejuízo da parte menos informada. Para eliminar o problema do oportunismo, alguns mecanismos foram criados, tais como o instituto da garantia e a figura do terceiro autenticador. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que vai à feira comprar um quilo de laranjas; a acuidade da balança que pesa as laranjas

¹³⁶ Idem, p. 15.

¹³⁷ Camerer, Colin; Loewenstein, George. Weber, Martin. *The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis* p. 2.

¹³⁸ Do, Quy-Toan. *Asymmetric Information*, p. 1.

não pode ser aferida pelo comprador. De outro lado, o vendedor – aquele que normalmente é o agente mais informado – conhece o seu equipamento e sabe se a balança está devidamente regulada. Ante o desequilíbrio informacional existem incentivos para que o vendedor, de forma oportunista, venda noventa e nove gramas de laranja pelo preço de um quilo, por exemplo. Para solucionar o problema existe um terceiro autenticador, normalmente uma agência estatal, que confere um selo à balança cuja acuidade foi devidamente aferida. Ainda que desconfie do vendedor, o comprador confia na agência certificadora, permitindo que o mercado volte a funcionar sem falhas.

O âmbito escolhido por Kenneth Arrow (dentre outros) para analisar os efeitos do desequilíbrio informacional foi o da indústria de assistência médica. No artigo *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*¹³⁹ o autor explica as peculiaridades deste mercado que o levaram à escolha: (a) trata-se de uma demanda irregular e imprevisível; (b) o produto e a atividade de produção se identificam; (c) não é possível ao paciente testar o produto antes de ser consumido; (d) há um especial elemento de confiança na relação entre médico e paciente; (e) a qualidade do produto é incerta (a recuperação de uma doença é tão imprevisível quanto a sua incidência); (f) os preços praticados variam a depender da capacidade financeira do paciente. Segundo o autor, tais características fazem com que o mercado de assistência médica se afaste do cenário de competição ideal. Para reduzir a incerteza do paciente e garantir que a qualidade do tratamento comprado seja a melhor possível, alguns mecanismos são apontados, tais como o seguro, o terceiro controlador, a obrigação social de boa prática médica (e o estigma da busca pelo lucro), e a restrição de entrada no mercado de trabalho.

Por sua vez, na obra *Information in the Labor Market*¹⁴⁰, George J. Stigler dedicou sua análise ao mercado de trabalho. O autor se debruça no caso do trabalhador que busca por um emprego. De um lado, os potenciais empregadores são inúmeros, variando para mais ou para menos a depender do grau de qualificação do trabalhador e de sua idade. De outro lado, o trabalhador esbarra no problema da ausência de informação. Ante a vastidão do mercado de trabalho, ele não consegue obter informações plenas sobre o valor dos salários ofertados, a estabilidade do emprego, as condições do emprego, além de outras determinantes de relevo para a sua

¹³⁹ Arrow, Kenneth J., *Uncertainty and the welfare economics of medical care*. pp. 154-158.

¹⁴⁰ Stigler, George. *Information in the Labor Market*, p. 94 ss.

escolha. Para adquirir tais informações deve o trabalhador buscar em cada um dos potenciais empregadores, ciente ainda de que tais informações podem cambiar com o passar do tempo. A aquisição plena e simultânea de informações para orientar uma escolha perfeita, portanto, é praticamente impossível.

A economia da informação tem como trunfo a derrocada da premissa de que as características de todos os bens são observáveis por todos os participantes do mercado. Ao contrário, o que ocorre é a existência de bens iguais com preços diferentes e qualidades diferentes com preços iguais. Não há dúvidas, portanto, de que a disponibilidade e a dispersão da informação afetam os mercados e a alocação de recursos na economia.

3.3.1 Assimetria Informacional nos Mercados

O que se verifica na economia da informação é o abandono do pressuposto de informação plena e igualmente acessível por todos os agentes, o qual permeava diversas análises econômicas. Geralmente, este pressuposto é falacioso. Uma vez afastado, e substituído por uma análise sóbria no que tange à aquisição e processamento de informações, novas inferências podem ser feitas.

A economia da informação preocupa-se com o seguinte questionamento: como a disponibilidade e a dispersão da informação poderia afetar o mercado e a alocação de recursos na economia? Partindo deste ponto, a teoria econômica assume que a modelagem da informação é fundamental. A um, há o reconhecimento de que a distribuição das informações produz impacto nas interações de mercado. A dois, reconhece a necessidade de iniciativas para a redução do problema, com distinção quanto a quem irá adotá-las, se a parte mais informada (ex. sinalização) ou menos informada (ex. monitoramento ou *screening*).

O desequilíbrio informacional é analisado na teoria econômica sob diferentes perspectivas. Em primeiro lugar, é possível citar a assimetria informacional na teoria de mercados. George Akerlof, em *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*¹⁴¹, defendeu que a má distribuição de informação pode causar falhas de mercado. Para ilustrar o seu ponto de vista, o autor utilizou como exemplo o mercado de revenda de veículos usados. Neste mercado podem existir bons veículos, bem conservados e com longa vida útil à frente, ou veículos ruins (estes conhecidos

¹⁴¹ Akerlof, George. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, p. 488 ss.

como “limões”), com defeitos ocultos, os quais somente se revelam após seu uso contínuo. Assim, veículos da mesma marca, modelo e ano podem apresentar características heterogêneas. A qualidade dos veículos, contudo, é uma informação de conhecimento apenas do vendedor, o agente mais informado. O comprador, agente menos informado, desconhece a qualidade dos veículos, por se tratar de vício oculto, imperceptível a olho nu. Este desequilíbrio informacional permite que o preço dos veículos se equipare, ou que o veículo ruim (“limão”) tenha melhores chances de barganha. Por conseguinte, torna-se desinteressante que o proprietário de um veículo usado em boas condições coloque-o a venda. Em síntese, o desequilíbrio informacional entre vendedores e compradores faz com que os bons veículos sejam retirados do mercado, selecionando apenas os “limões”.

Michael Spence, por sua vez, defendeu no trabalho intitulado *Job Market Signaling*¹⁴² que em alguns mercados o agente mais informado sobre suas próprias características deve sinalizar, de maneira eficiente, para aquele agente menos informado. É o caso, por exemplo, do mercado de trabalho, onde candidatos buscam uma vaga de emprego. A qualidade dos diversos candidatos não é observável pelo empregador; este pretende contratar um empregado que tenha boa produtividade, contudo, somente poderá aferi-la posteriormente, após a contratação. Assim, cabe ao candidato, vendedor de mão-de-obra, sinalizar no mercado de trabalho as suas qualidades. Pode-se constatar, portanto, que a contratação de um empregado é um investimento sob incerteza. Interessante destacar que, neste caso, a iniciativa para reduzir o problema da assimetria informacional parte do agente mais informado. O efeito da assimetria informacional no mercado de trabalho também será a seleção adversa; caso candidatos com qualidades heterogêneas recebam o mesmo tratamento, é possível que torne desinteressante àqueles com melhor produtividade.

Joseph E. Stiglitz, em *The Theory Of “Screening,” Education, And The Distribution Of Income*¹⁴³, denominou de *screening* o processo de discriminação e distinção entre coisas (ou pessoas) que, na ausência do *screening*, teriam o mesmo tratamento (para fins econômicos), ainda que seja sabido que essas coisas são heterogêneas e apresentam características distintas entre si. É o caso, por exemplo, do mercado de seguros. Para ilustrar, tenha-se dois agentes, um tipo alto risco e outro

¹⁴² Spence, Michael. *Job Market Signaling*, p. 355 ss.

¹⁴³ Stiglitz, Joseph E. *The Theory Of “Screening,” Education, And The Distribution Of Income*, p. 283.

tipo baixo risco; ambos possuem a mesma renda, e querem segurar uma parte idêntica dela. Acontece que a probabilidade de ocorrência de sinistro com o tipo alto risco é maior do que a probabilidade com o tipo baixo risco. O contrato de seguro, por sua vez, especifica o prêmio e o valor a ser pago em caso de sinistro. Para que a seguradora possa cobrar valores diferentes de ambos, e equilibrar de forma adequada a situação, é preciso que recorra a alguma ferramenta de *screening*. Afinal, apenas o segurado detém informações sobre suas próprias qualidades – se do tipo alto ou baixo risco; cabe à seguradora, portanto, utilizar-se de mecanismo que permita a ela apreender essa informação. Diferente do exemplo anterior, a iniciativa de reduzir a assimetria informacional parte do agente menos informado. Vale lembrar que a ausência do *screening* e a cobrança do mesmo valor para ambos os segurados pode implicar em seleção adversa, fazer com que o tipo baixo risco desista de contratar o seguro, e por via de consequência inviabilizar o mercado de seguros.

Também é possível destacar a relevância da assimetria informacional no seio da teoria dos incentivos. James Alexander Mirrlees, também agraciado com o Prêmio Nobel (em 1996), teve o seu trabalho reconhecido em razão do estudo sobre a teoria econômica dos incentivos sob informação assimétrica. Por este ângulo, o autor se debruçou sobre a taxação ótima do imposto sobre a renda¹⁴⁴; segundo ele, o imposto sobre a renda não é necessariamente o melhor meio de se promover a redistribuição de renda, uma vez que os efeitos podem reverter-se, por exemplo, em evasão de investimentos. Assim, para que a alternativa não leve a resultados indesejados, é preciso que o poder público adquira informações sobre as características dos contribuintes sobre os quais incide o imposto. Ainda, sob a lente da assimetria informacional, James Mirrlees buscou a elaboração de modelos que pudessem descrever melhor o instituto do risco moral e seu impacto no comportamento do agente; a exemplo, que consiga prever o comportamento de segurados quando suas ações não são observáveis pelas seguradoras¹⁴⁵.

William Spencer Vickrey, também laureado com o Prêmio Nobel – juntamente com James Mirrlees –, é outro expoente da análise da teoria dos incentivos sob informação assimétrica. Vickrey foi pioneiro na utilização de ferramentas da teoria dos jogos a fim de explicar a dinâmica dos leilões¹⁴⁶. Entenda-se por leilão um

¹⁴⁴ Mirrlees, James. *An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation*, p. 175 ss.

¹⁴⁵ Idem., *The Theory of Moral Hazard and Unobservable Behaviour*, p. 3 ss.

¹⁴⁶ Vickrey, William. *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, p. 8 ss.

mecanismo de mercado para equilibrar oferta e demanda, onde as regras para formação do preço são explícitas e conhecidas. Normalmente, os leilões são utilizados para transacionar produtos para os quais não existe mercado estabelecido, ou quando o vendedor está incerto sob o preço de venda. Cada pessoa avalia o bem de forma diferente, e ninguém quer pagar pelo bem mais do que ele vale. Os leilões podem ser desenhados de diferentes formas, sendo este o objeto de estudo de Vickrey, que dedicou-se a estudar quais as regras mais adequadas a cada tipo de objetivo que se pretende atingir.

Por fim, os efeitos da assimetria informacional também podem ser averiguados na relação entre principal-agente. Considerando que os contratos administrativos são por excelência um exemplo de relação principal-agente com assimetria informacional, o tema será tratado em item próprio.

3.3.2 Assimetria Informacional nas Relações de Agência

Os problemas oriundos da relação entre principal-agente possuem importância fundamental na teoria dos contratos, principalmente no que toca à estrutura endógena da informação¹⁴⁷. Caso exista assimetria informacional na relação principal-agente, é imperioso que este fator seja levado em consideração no que toca ao comportamento dos envolvidos, bem como à solução para o problema de agência. Em regra, nas relações de agência o agente é a parte mais informada, enquanto o principal é a parte menos informada. Existem soluções de monitoramento que buscam a redução da assimetria informacional, e quando estas não são possíveis, despontam outras alternativas, mais complexas.

O problema de agência é bastante comum, presente em todas as organizações e em todos os esforços de cooperação entre duas ou mais pessoas¹⁴⁸. É de se ressaltar que o problema de agência existe tanto em níveis macro (a exemplo das regulações, onde o agente é a agência reguladora e o principal é a sociedade) como em níveis micro (como exemplo, um contrato de jardinagem).

Para iniciar o raciocínio, tenha-se a seguinte premissa. O trabalho a ser desenvolvido pelo indivíduo é uma função cujas variáveis envolvem tempo e esforço. Assim, pode-se dizer que o trabalho realizado pelo indivíduo é um recurso limitado, uma vez que tempo e esforço são finitos. Quanto ao tempo, não há dúvidas de que se

¹⁴⁷ Hoppe, Eva I. Observability of information acquisition in agency models, p. 104 ss.

¹⁴⁸ Jensen, Michael C.; Meckling, William H. *Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, p. 6-7.

trata de recurso precioso, não havendo dinheiro neste mundo que permita alterar o seu curso natural. O esforço, por sua vez, em que pese seja um recurso ampliável, é oneroso, e por isso mesmo não deixa de ser limitado. Ante o custo de tempo e esforço para o desenvolvimento de uma atividade, pode o indivíduo decidir por transmitir essa execução a um terceiro, o qual realizará a atividade em nome do principal. A decisão quanto à alocação dessas atividades depende de uma ponderação de custos e riscos, e pode impingir mais ou menos eficiência no trabalho desenvolvido. A forma como uma organização aloca tempo e esforço é o que a define, é o modo como ela revela a sua capacidade produtiva¹⁴⁹.

Uma relação de agência, na sua versão mais simples, é a relação em que uma das partes, o “principal”, se beneficia quando outra pessoa, o “agente”, desenvolve determinada tarefa com cuidado e esforço adequado. Ou seja, a relação ocorre quando o principal incumbe outro, o agente, de satisfazer uma necessidade sua (do principal), em seu nome (do principal). A teoria da agência se preocupa em resolver dois problemas que podem ocorrer nas relações de agência¹⁵⁰. O primeiro problema surge quando, na relação de agência, os desejos e objetivos do principal entram em conflito com os desejos e objetivos do agente. Não raro, há uma discrepância de preferências entre o agente e o principal, bem como uma divergência em relação a quais riscos devem ser assumidos¹⁵¹. Como exemplo, tenha-se o advogado e o seu cliente, onde este prefere a realização de um acordo, enquanto o outro, para prolongar o processo judicial e alargar os seus honorários, prefere assumir os riscos do litígio.

O segundo problema surge quando é difícil ou oneroso para o principal que verifique qual comportamento está sendo adotado pelo agente. A fim de averiguar o cuidado e esforço desejado, resta ao principal duas opções. A um, cabe ao principal monitorar as ações do agente, ou seja, adquirir informações sobre a sua performance durante o desenvolvimento da atividade. Todavia, impõem-se uma pergunta: como se dará este monitoramento? Nem sempre o monitoramento de uma atividade se dá com baixo custo, ou sem interferir na atividade que se monitora. Ainda, algumas atividades sequer são possíveis de serem monitoradas. A dois, pode o principal aguardar que o agente cumpra com a atividade e, ao final, verificar se o resultado desejado foi

¹⁴⁹ Brehm, John; Gates, Scott. *Working, Shirking, and Sabotage: Bureaucratic Response to a Democratic Public*, p. 29.

¹⁵⁰ Eisenhardt, Kathleen M. *Agency Theory: An Assessment and Review*, p. 58.

¹⁵¹ Miller, Gary J.; Whitford, Andrew B. *Trust and Incentives in Principal-Agent Negotiations The ‘Insurance/Incentive Trade-Off’*, p. 236.

efetivamente atingido. Nesta segunda hipótese persiste o problema de que a ação do agente não pode ser verificada; assim, torna-se difícil inferir se o resultado (positivo ou negativo) deriva do esforço e cuidado dispensados pelo agente ou não. Como fica, no caso do comportamento não monitorado do agente, a influência da sorte ou aleatoriedade?¹⁵²

Para Eric A. Posner, a solução do problema passa pelo *design* do contrato e os incentivos que serão por ele criados. Deve o clausulado contratual ser desenhado de forma a criar os incentivos corretos que permitam conduzir a performance do agente ao resultado desejado¹⁵³. Sob o ponto de vista de *design* do contrato, a relação de agência pode ser distinguida em duas hipóteses. Inicialmente, pode-se pensar nos casos em que o comportamento do agente for observável, o que seria, portanto, uma hipótese de informação completa – inexistência de assimetria informacional. O melhor contrato que se adequa ao caso seria aquele baseado no comportamento do agente, isto é, que tem como objeto a performance do contratado (contrato de meio). De outro lado, pode-se levantar a hipótese em que há informação incompleta – existência de assimetria informacional. Aqui, o agente tem consciência dos seus atos, mas o principal não possui essa informação. Um contrato de meio, portanto, seria praticamente inexecutável. Considerando que o principal não consegue determinar se o agente impingiu o esforço e cuidado necessários, dá-se azo ao oportunismo do agente. A estrutura de incentivos do contrato, neste caso, demanda maior complexidade.¹⁵⁴

Na hipótese de informação incompleta, deve o contrato criar uma estrutura de incentivos adequada que seja capaz de conduzir o comportamento do agente ao resultado desejado. Afinal, não se pode contar com a capacidade do principal em monitorar a ação do agente. Inicialmente, pode-se pensar no problema de agência que se revela por meio da distinção de preferências entre o principal e o agente. Nestes casos, caberia ao contrato criar um sistema de recompensas de tal forma que os indivíduos que buscassem satisfazer seu interesse próprio estariam, ao mesmo tempo, perseguindo interesses de todo o grupo. Em segundo lugar, pode-se pensar no problema de agência que se revela pela dificuldade de o principal monitorar o comportamento do agente, em especial quando o resultado depende de fatores externos aleatórios. A solução, nesta hipótese, passa pela redistribuição de riscos a ser

¹⁵² Posner, Eric A. *Agency Models in Law and Economics*, p. 1 ss.

¹⁵³ Ideam, p. 1 ss.

¹⁵⁴ Eisenhardt, Kathleen M. *Control: Organizational and Economic Approaches*, p. 136.

desenvolvida pelo contrato. É possível que o clausulado contratual discipline de forma tal que o agente tenha de suportar parte do risco de sua atividade. Quanto mais difícil o monitoramento de sua atividade, maior parcela do risco irá suportar. Assim, não se trata de uma mera motivação por recompensas, mas sim uma verdadeira redistribuição dos riscos do contrato¹⁵⁵.

Para ilustrar, tenha-se como exemplo um contrato onde fique estabelecido que o principal pagará ao agente, mensalmente, um salário uniforme. O valor do salário, portanto, independe do resultado alcançado, bem como não se vincula ao grau de esforço e esmero impingido pelo agente. Neste caso, considerando que o interesse pessoal do agente é o salário, não existirão incentivos para que ele, todos os meses, dedique um grau elevado de esforço nas suas atividades. Desse modo, caso o esforço do agente não possa ser monitorado, é desinteressante o contrato que estipule um salário uniforme¹⁵⁶.

Importante ressaltar que, no caso de contratos administrativos, tratando-se do poder público, a abordagem da solução pode ir além do *design* do contrato. Afinal, a relação contratual entre público e privado não se rege tão somente pelo clausulado contratual, mas também possui inferência de dispositivos legais, os quais desequilibram a relação em prol da supremacia do interesse público. Desta forma, a mesma lógica que se aplica ao *design* do contrato também pode ser usada na análise do *design* do ordenamento jurídico como um todo, o qual pode, da mesma forma, reestruturar incentivos e redistribuir riscos.

Em síntese, a assimetria informacional pode trazer problemas à relação de agência, cuja solução consiste na tentativa de, ainda que sua conduta não possa ser monitorada, induzir o agente a se comportar de forma que maximize o bem-estar do principal, por meio de uma estrutura de incentivos adequada e redistribuição de riscos. A solução é complexa, e nem sempre aferível facilmente.

3.3.3 *Informação Como Recurso Valioso*

A partir do momento em que estudiosos passaram a ter o tema da informação no seu foco de atenção, uma importante constatação foi internalizada na literatura econômica. Trata-se de reconhecer a informação como um recurso valioso. Em que pese pareça óbvia, a mudança de perspectiva promoveu alterações significativas na

¹⁵⁵ Idem, p. 137.

¹⁵⁶ Miller, Gary J.; Whitford, Andrew B. *Trust and Incentives in Principal-Agent Negotiations The 'Insurance/Incentive Trade-Off'*, p. 234.

análise econômica. Tal como qualquer outro recurso necessário a uma cadeia produtiva, cuja escassez e custo são levados em consideração no processo de produção, também a informação passou a ser assim considerada. Em outras palavras, houve o reconhecimento de que a informação, no fenómeno económico: (a) possui um valor; (b) é escassa; (c) sua ausência possui efeitos deletérios; (d) a aquisição de mais informação possui um custo.

Independente de como se pretenda defini-la, pode-se dizer que informação é um bem económico, e por isso mesmo pode ser produzida, armazenada, consumida, investida (usada em produção), ou vendida. Assim, é possível dizer que ela possui valor de mercado¹⁵⁷.

Os membros de uma economia – os consumidores, as firmas, os investidores, e os governantes – fazem escolhas. Dizer que fazem escolhas implica na existência de alternativas, no sentido de que a via escolhida não é inevitável, mas sim, uma opção dentre um leque de oportunidades. As alternativas disponíveis para cada um dos agentes dependem dos recursos que ele possui e de suas circunstâncias. Para o consumidor, as alternativas disponíveis dependem da quantidade de dinheiro que possua, bem como dos preços que deverá pagar para adquirir os produtos desejados. Para as firmas, as alternativas disponíveis dependem da envergadura tecnológica de lidar com os recursos existentes naquele dado momento. Para os investidores, as alternativas disponíveis dependem do retorno que se espera no futuro dos fundos apresentados no portfólio¹⁵⁸.

A característica geral relativa a todas as hipóteses acima é o fato de que as escolhas se projetam no futuro, e o futuro não admite certezas. Necessariamente, o futuro não pode ser conhecido antes que aconteça, sendo possível tão somente que sejam realizadas previsões. As previsões envolvem, por exemplo, os preços futuros, a possibilidade de revenda, a utilidade do bem quando for usado ou consumido. Quanto mais o futuro se estende, mais difícil é a previsão. Assim, é intrínseco ao processo de tomada de decisão que as oportunidades disponíveis e as consequências das decisões não podem ser completamente conhecidas. Fazer escolhas envolve incertezas, em maior ou menor medida. Onde há incerteza, por sua vez, há a possibilidade de sua redução por meio da aquisição de informação¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Birchler, Urs; Büttler, Monika. *Information Economics*, p. 16.

¹⁵⁸ Arrow, Kenneth. *Collected Papers, The Economics of Information*, p. 136 ss.

¹⁵⁹ Idem, p. 136 ss.

De forma simplista, a aquisição de informação tem como finalidade a redução da incerteza. Todas as tomadas de decisão, independente do contexto, são afetadas pela quantidade de informação disponível àquele que decide. A informação permite ao agente conhecer a realidade presente e, por via de consequência, refinar sua previsão quanto ao futuro. Por isso mesmo, não se pode descartar o importante papel das informações nos processos de produção, nem mesmo nos processos políticos¹⁶⁰, uma vez que afetam diretamente as escolhas tomadas pelos agentes envolvidos.

Escolhas sob incerteza podem conduzir a resultados não esperados. A ignorância acerca das variáveis que circundam o cenário implica um juízo de probabilidade. Quanto mais informação, ou seja, quanto mais próximo de um ideal de certeza, maior é a probabilidade de que a escolha apontada conduza ao resultado esperado. Desta feita, é incontestado que informação possui utilidade (no sentido económico). Seja na aceção subjetiva, relativa a ser desejada ou almejada, seja na objetiva, relativa a funcionalidade ou adequação¹⁶¹, existe utilidade na informação. Em sendo útil, logo a informação possui valor.

É justamente por força do valor agregado às informações que William C. Lisse afirma que atualmente é vital às empresas no mercado competitivo a habilidade de manter uma vantagem informacional sobre os seus concorrentes¹⁶². A quantidade de informação disponível na era da internet é fenómeno sem precedentes; com ela é possível antecipar os movimentos dos concorrentes, bem como acessar conhecimento sobre todos os níveis do mercado. A informação atual e acurada tornou-se uma verdadeira *commodity* no mundo corporativo moderno.

No mesmo sentido, a fim de trazer à baila outro exemplo que reconhece valor à informação, tenha-se o § 2054.001 do *Texas Government Code*, o qual determina que: “*information and information resources possessed by agencies of state government are strategic assets belonging to the residents of this state that must be managed as valuable state resources*”¹⁶³. As informações, no caso, são reconhecidas como recursos estratégicos, preciosas para o Estado e para a sociedade.

¹⁶⁰ Stiglitz, Joseph. *Selected Works of Joseph Stiglitz*, p. 54.

¹⁶¹ Brian G. M. Main, Akerlof, George Arthur. *Palgrave Dictionary of Economics, Utility*, p. 577 ss.

¹⁶² Lisse, William. *The Economics of Information and the Internet*, p. 48.

¹⁶³ State of Texas Government Code, State of Texas, Sec. 2054.001. Legislative Findings and Policy.

Também reconhecendo o valor das informações, Licínio Lopes Martins entende que a assimetria informacional entre as partes de um contrato – notadamente nos contratos administrativos, em que o contraente privado possui mais informações do que o contraente público – pode constituir uma das causas de reequilíbrio do contrato em favor daquele agente menos informado¹⁶⁴.

Em síntese, é possível concluir que a informação que uma pessoa possui pode ser compreendida como capital. Sua produção nem sempre é graciosa, sendo muitas vezes necessário arcar com um custo de procura. Após adquirida, a informação permite impingir mais eficiência ao processo produtivo, viabilizando um retorno maior do que normalmente se conseguiria caso a informação não fosse utilizada¹⁶⁵.

Da mesma forma ocorre na relação entre principal e agente onde exista informação assimétrica. No caso, a informação pode ser considerada um recurso valioso. Qualquer informação adicional sobre as ações do agente, ainda que imperfeita, pode ser usada para implementar o bem-estar de ambos, tanto do principal quanto do agente¹⁶⁶.

Ante o exposto, é inconteste que informação pode ser considerada um recurso valioso, com utilidade no cenário econômico, e capaz de implementar eficiência. Em que pese existam dificuldades de se quantificar com exatidão o valor da informação, dadas as suas características peculiares, é plenamente possível perguntar: quantos dólares vale um *bit* de informação?¹⁶⁷

3.3.4 Informação e Comportamento Estratégico

Ainda na esteira do reconhecimento da importância da informação pela ciência econômica, outra constatação pode ser feita. Após assegurar que existe valor na informação, podendo esta ser adquirida e utilizada nas tomadas de decisão, outra asseveração se faz necessária, por via de consequência. Trata-se do fato de que o agente se comporta de forma estratégica perante a informação.

É corolário da economia que o comportamento humano é racional. Põe-se de lado, por ora, as ressalvas relativas à irracionalidade, às heurísticas e outros desvios do comportamento; em que pese sejam relevantes para o presente trabalho, não convêm ao desdobramento do presente item. No momento, o importante é ter em

¹⁶⁴ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 556.

¹⁶⁵ Stigler, George. *Information in the Labor Market*, p. 103.

¹⁶⁶ Holmstrom, Bengt. *Moral hazard and observability*, p. 75.

¹⁶⁷ Bromberg, Erik. *The Economics of Information*, p. 1.

mente que o comportamento humano é, em regra, racional potencial maximizador, ou seja, visa otimizar a sua utilidade.

Importante ressaltar, conforme leciona Fernando Araújo, que a racionalidade de que trata a ciência econômica é essencialmente procedimental, não se aventurando pelo plano dos fins¹⁶⁸. Em outras palavras, não concerne à seara econômica a capacidade da razão para formar as finalidades da conduta; não se perquire a formação dos gostos e das preferências, nem mesmo busca-se explicar os caprichos da mente humana. De outro lado, importa à economia a forma como o agente aloca recursos escassos a fim de alcançar os seus objetivos.

Dado um determinado objetivo, independente de qual ele seja, o comportamento humano tende a ser racional no sentido de aumentar a sua utilidade; isto é, buscará utilizar dos recursos dispostos de forma que ascenda ao máximo rumo àquela finalidade. Logo, diligenciará com o escopo de otimizar os meios e maximizar os fins.

Considerando que informação é um recurso valioso, não se espera que o comportamento humano seja diferente da regra geral. Da mesma forma que se comporta perante outros recursos escassos, o agente também se comportará perante a informação; a escassez levará à realização de escolhas e à tomada de decisões otimizadoras e maximizadoras da satisfação de necessidades. Em outras palavras, sendo a informação um recurso valioso, as pessoas tendem a se comportar de forma estratégica em relação a ela.

Ocorre que a informação é recurso que possui suas peculiaridades; destacando-se dentre os demais, ela possui suas idiossincrasias. Conforme leciona Pedro Onofre Fernandes, a informação é uma abstração, a qual pode ser produzida, disseminada, acumulada e usada para diferentes objetivos e fins¹⁶⁹. Dada a sua propriedade singular, somada ao comportamento estratégico do agente, alguns reflexos podem ser verificados, em especial no seio dos contratos.

A um, é possível que um dos agentes detenha uma informação, sem, contudo, revelar ao outro agente que a detém. Ante a característica abstrata da informação, é plenamente possível armazená-la, sem necessariamente ter de revelar aos demais agentes que possui tais informações. Muitas vezes não é possível que um agente, a olho nu, consiga aferir se o outro possui informação, muito menos qual informação

¹⁶⁸ Araújo, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 29.

¹⁶⁹ Fernandes, Pedro Onofre. *Economia da Informação*, p. 166.

possui. Desta forma, existindo uma assimetria informacional em determinada relação contratual, é possível que não fique claro a uma das partes a existência desse desequilíbrio. Por ser abstrata, muitas vezes a decisão de revelar ou não a existência de determinada informação (antes mesmo de revelar o seu conteúdo) é uma liberalidade do agente mais informado, isto é, depende unicamente da vontade de uma das partes. Caso decida por não revelar, dificilmente poderá a parte menos informada – ao menos a custo zero – descobrir que aquela informação existe. Acontece que esta condição, muitas vezes, dá azo a oportunismos por parte do agente mais informado. Não raro existe a obrigação contratual de revelar determinada informação, todavia, o agente não o faz; principalmente se existem meios de burlar a obrigação contratual sem que futuramente seja descoberto e penalizado por isso. É o caso do vendedor que não revela ao consumidor as recomendações de bom uso do produto feitas pelo fabricante, tão somente para que em momento oportuno venda ao mesmo consumidor os serviços de manutenção e conserto.

A dois, a autenticidade da informação nem sempre é facilmente verificável. Aquele que possui obrigação de informar muitas vezes presta a informação, contudo, não adimpe com sua obrigação de forma adequada, pois o faz com a prestação de uma informação falsa. Aferir a autenticidade da informação, por sua vez, possui um custo. Em regra, aquele que possui a obrigação de informar a tem pela imposição de sinalizar um evento ou transmitir um conhecimento. Caso seja muito oneroso à contraparte certificar-se de que o evento realmente ocorreu, ou que o conhecimento é verdadeiro, pode aquele obrigado a informar tentar locupletar-se com a prestação de uma informação dissimulada. É o caso, por exemplo, de um sinistro ocorrido com veículo segurado, onde o condutor informa falsamente à seguradora que estava na velocidade limite da via no momento da colisão; para garantir a autenticidade da informação prestada pelo condutor, resta à seguradora recorrer a outros meios, os quais nem sempre encontram-se disponíveis, tais como perícias ou câmeras de segurança. Também é o caso da concessionária de uma rodovia que reporta ao poder público um número de veículo a menor que passaram pelo pedágio, a fim de reduzir a contrapartida financeira que deve remeter ao ente público, na hipótese de esta ser fixada pelo volume de tráfego.

A três, apesar de a informação ser um recurso valioso, seu benefício também depende da habilidade do usuário em explorá-la¹⁷⁰. O real valor da informação não está nela mesma, mas sim, naquilo que se pode fazer com ela. Entretanto, nem todo agente, de posse da mesma informação, será conduzido ao mesmo corolário. Inicialmente, vale lembrar que a principal utilidade da informação está em auxiliar na tomada de decisões; ocorre que uma informação, sozinha, pode não ser suficiente para conduzir o tomador até a escolha ótima, ainda que aponte para ela. Afinal, a informação figura apenas como um incentivo, que se somará a outros, levando o agente a um determinado comportamento. A mesma informação, somada a duas estruturas diferentes de incentivos pré-existentes, pode conduzir a conclusões distintas. O emissor da informação, portanto, uma vez ciente das circunstâncias atinentes ao receptor da mensagem, pode revelar a informação quando e como lhe aprouver.

Ainda, conforme lição de Claude E. Shannon¹⁷¹, toda mensagem é codificada pelo emissor, transmitida por um canal de informações e posteriormente decodificada pelo receptor. Em síntese, cabe ao receptor da mensagem decodificá-la; o conhecimento fruto da informação respeita uma fase prévia de decodificação. Acontece que nem todo receptor possui a habilidade de decodificar qualquer tipo de mensagem. Dessa forma, a depender de como é transmitida a mensagem, é possível que seja entregue a informação ao receptor, sem, contudo, franquear-lhe o conhecimento respectivo. Esta ressalva é especialmente importante nas relações obrigacionais, pois aquele que é obrigado a revelar uma informação – mas que, numa visão egoísta e oportunista, preferiria não o fazer – pode conseguir, ao mesmo tempo, adimplir com a obrigação e obter a renda extra relativa ao comportamento oportunista. Tenha-se como exemplo o curador mal intencionado que, ao prestar contas da sua gestão, o faz por meio de relatórios contábeis extensos, complexos, e de forma pouco estruturada. Apesar de adimplir com sua obrigação, o faz de forma que sua gestão seja inquestionável por qualquer um incapaz de realizar análises contábeis mais profundas.

A quatro, é difícil estimar o valor da informação em função do que o outro está disposto a pagar por ela. Afinal, apenas poderá valorar a informação se tiver ciência da qualidade dela, e uma vez ciente, cessa o interesse em pagar, pois já a adquiriu.

¹⁷⁰ Idem, p. 166.

¹⁷¹ Shannon, Claude. *A Mathematical Theory of Communication*, p. 2.

Negociações envolvendo informação são melindrosas, e muitas vezes carecem de contratos acessórios prévios capazes de manter o *status quo* na hipótese de a negociação não restar frutífera ou ser rescindida. Tenha-se em mente o contrato de franquia, onde o franqueador entrega ao franqueado o seu *know how*, isto é, todos os conhecimentos envolvendo suas técnicas de produção. Fato é que, para que o franqueado assuma a atividade, deve antes ter conhecimentos das técnicas que passará a praticar, até mesmo para fazer sua avaliação sob a viabilidade ou não do negócio; caso a negociação não seja frutífera, poderá haver a hipótese de não firmar o contrato de franquia, contudo, tendo adquirido informações sobre segredos industriais do franqueador.

A cinco, a informação pode ser disseminada. Apesar de ser um recurso escasso, a informação pode ser facilmente difundida, diferente de outros recursos em geral. Afinal, a informação: (a) é multiplicável, sendo que quanto mais for utilizada, mais útil ela se torna; (b) é transferível com alta velocidade e facilidade; (c) é difusiva, tendendo a ser tornar pública mesmo que as pessoas não queiram; (d) é compartilhável, de forma que na troca o vendedor continua possuindo aquilo que ele vendeu¹⁷².

Em face do exposto, algumas conclusões podem ser feitas no que tange às informações no seio da execução dos contratos. Em primeiro lugar, não se pode olvidar a alta probabilidade de o agente se comportar de forma estratégica perante a informação, a fim de que possa auferir o maior rendimento possível naquele cenário; ainda, não se pode desconsiderar o risco do oportunismo. Em segundo lugar, as propriedades da informação permitem que eventual posicionamento estratégico adote formas diferenciadas; dada a condição abstrata da informação, é possível, por exemplo, que o agente oculte o fato de possuir determinada informação, ou mesmo que dissemine uma informação sem que deixe rastros de ter sido ele o provocador da disseminação.

Por tais razões, a probabilidade de se vencer o problema informacional no seio dos contratos tão somente por meio dos poderes de conformação pode ser mais baixa do que o esperado, a depender das circunstâncias do cenário. A exemplo, ainda que seja imposta obrigação ao agente mais informado de revelar aquilo que possui, é possível que consiga manter as informações ocultas, desde que a outra parte ainda não

¹⁷² Fernandes, Pedro Onofre. *Economia da Informação*, p. 166.

conheça sequer a existência dessa informação. E mesmo que decida por revelar a informação, o agente pode decidir por fazê-lo de tal forma que seja difícil ao principal a decodificar.

Assim, é falaciosa a presunção de que as informações possuem canais de transmissão perfeitos, livres de ruídos e interrupções. A presunção de transparência, com informação livre e plena, é por demais ingênua. A transparência não se presume, mas sim, se constrói; essa construção se dá, sobretudo, mediante mecanismos de transparência que sejam muito bem pensados e estruturados, capazes de induzir os agentes ao comportamento adequado.

3.3.5 Observabilidade e Verificabilidade

Ante a maior atenção que passou a ser conferida ao tema das informações, não tardou até que a tendência chegasse à análise econômica dos contratos. A assimetria informacional e seus efeitos no comportamento dos indivíduos também foi analisada na seara das relações contratuais.

O contrato permite que as partes comuniquem entre si metas de conduta. Sujeitos acordam direitos substantivos, que se traduzem em benefício mútuo¹⁷³. Revela-se como instrumental para um comportamento cooperativo, onde ambos saem ganhando. Ocorre que, após firmado o contrato, as partes se comportarão de forma estratégica no que tange à escolha entre cooperar ou não. Para que se posicione da forma mais eficiente possível, é preciso que a parte do contrato busque informações quanto à estratégia da contraparte.

Em uma determinada relação contratual, a capacidade de prever todos os resultados possíveis e suas respectivas probabilidades de ocorrência permite uma alocação eficiente de recursos. Entretanto, em algumas situações, faz-se presente um elemento que pode mudar este horizonte: a incerteza. Significa, dentre outras coisas, a incapacidade de se prever o resultado do contrato com exatidão. Presente o elemento incerteza, que impede a previsão de todo o leque de resultados possíveis, bem como a probabilidade de sua ocorrência, a alocação eficiente de recursos passa a depender da aquisição de mais informações, a fim de que possa orientar os agentes nas tomadas de decisão. O papel da informação é reduzir o grau de incerteza e otimizar as tomadas de decisão.

¹⁷³ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 17.

A aquisição de informações relativas a eventos exógenos ao contrato já era levada em consideração pela literatura, antes mesmo que o tema da informação ganhasse corpo. Já se encontrava bastante difundida a teoria da imprevisão, a distinção entre contingências imprevistas e imprevisíveis, bem como as considerações relativas a casos fortuitos e seus efeitos na relação contratual. A novidade é que, com a introdução da economia da informação, partiu-se também para uma análise endógena, isto é, sobre a distribuição da informação dentro do microcosmo do próprio contrato e os atores ali envolvidos.

A informação da qual depende a eficiência do contrato, muitas vezes, não precisa ser buscada fora do microcosmo da relação contratual. É possível que uma das partes (mais informada) detenha essa informação, todavia, não a revele à outra parte (menos informada). Nestes casos, necessária se faz a criação de mecanismos de aquisição de informação que permitam um fluxo eficiente de comunicação. Para tanto, as trocas existentes no contrato devem contemplar também a troca de informações; ou seja, trata-se de uma visão mais complexa da relação contratual, que se atenta para os incentivos que conduzirão a parte mais informada a revelar o conhecimento que ela detém de forma privada¹⁷⁴.

A partir do momento em que ganha força a ideia de aquisição de informação quanto ao desenvolvimento da relação contratual, desperta a utilização dos termos observabilidade e verificabilidade. Na linha dos ensinamentos de Fernando Araújo, observabilidade e verificabilidade se reportam ambas à “revelação de um estado de coisas relevante para a execução dos deveres de um contrato”¹⁷⁵. A primeira refere-se à revelação entre as partes, enquanto a segunda refere-se à revelação perante um terceiro – um julgador, um árbitro ou um adjudicador.

O termo observabilidade foi primeiro utilizado no campo da matemática, e introduzido pelo engenheiro húngaro-americano Rudolf E. Kálmán. Na teoria do controle, no que tange à dinâmica dos sistemas lineares, observabilidade significa a medida de quão bem podem os estados de um sistema ser inferidos a partir do conhecimento de suas saídas externas¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Harris, Milton; Raviv, Arthur. *Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information*, p. 231.

¹⁷⁵ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica dos Contratos*, p. 666.

¹⁷⁶ Kalman, R. E. On the general theory of control systems. In *Proceedings First International Conference on Automatic Control*, p. 481 ss.

Observabilidade significa a capacidade da parte de observar o adimplemento das prestações do contrato, ou seja, de adquirir informações quanto ao desenvolvimento da execução contratual. Tem-se em perspectiva o microcosmo da relação contratual, quer dizer, a distribuição endógena das informações. Talvez seja justo pela sua aparente obviedade que o conceito de observabilidade nem sempre ganhou os holofotes. Apenas com o desenvolvimento da teoria da informação e seu impacto na análise econômica é que se deu o reconhecimento merecido que o grau de observabilidade pode ter na performance das relações contratuais. O desenvolvimento teórico permitiu sistematizar os seus efeitos deletérios, tais como o risco moral e a seleção adversa.

O tomador de decisão não-sofisticado é aquele que ingenuamente crê, ou seja, interpreta qualquer informação que lhe é reportada como se fosse uma revelação total da situação feita por um observador desinteressado e que age de acordo com as regras da boa-fé¹⁷⁷. A ausência de supervisão sobre a conduta de uma das partes pode gerar um problema de incentivos¹⁷⁸, pois induz o risco moral, ou mesmo aponta para o inadimplemento como a alternativa mais eficiente (sob uma análise racional e egoísta). Nestes casos, necessária se faz a correção dos incentivos presentes na relação contratual, seja por meio do aumento do grau de observabilidade, seja com a redistribuição de riscos ou recompensas.

Por sua vez, verificabilidade também se refere ao microcosmo do contrato, isto é, à capacidade de observar o adimplemento das prestações contratuais; todavia, parte-se do ponto de vista de um terceiro adjudicador, e não das partes do contrato. É possível que em uma determinada relação contratual haja um elevado grau de observabilidade, contudo, com baixa verificabilidade. Ainda que as partes consigam obter informações suficientes, dificilmente conseguiriam levar tais informações, de forma estruturada, fundamentada e suficiente, a um terceiro adjudicador (tribunal, por exemplo).

Em outras palavras, a análise da relação contratual à luz da teoria da informação e dos incentivos permitiu revelar a importância da incapacidade de uma das partes, em razão da dificuldade de comunicação, de clamar pela interferência de um terceiro (com legitimidade para tanto). Para ilustrar, pode-se pensar no caso em

¹⁷⁷ Milgrom, Paul e Roberts, John. *Relying on the Information of Interested Parties*, p. 20.

¹⁷⁸ Harris, Milton e Raviv, Artur. *Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information*, p. 257.

que há o inadimplemento parcial do contrato, o qual é observável por ambas as partes, sendo que ante a resistência do inadimplente, para que a parte prejudicada pudesse reaver suas despesas seria necessário levar o caso a um tribunal. A execução judicial do contrato, contudo, nem sempre é simples; levar todas as informações a um terceiro, de forma que ele – nem sempre técnico e perito no assunto – consiga compreender a situação pode não ser uma tarefa fácil. Por vezes as informações apenas são inteligíveis ao terceiro adjudicador por meio de um laudo técnico, estudo, ou análise mais aprofundada. Este estudo, por sua vez, tem um custo; caso este custo seja equiparado ao prejuízo do inadimplemento, é desinteressante ao prejudicado que persiga a compensação pelo prejuízo. Desta forma, pode-se concluir que contratos com baixo grau de verificabilidade podem gerar incentivos ao oportunismo. Observabilidade sem verificabilidade significa o abandono do contrato à autodisciplina¹⁷⁹ – o que não significa o colapso da relação contratual, contudo, esclarece qual a verdadeira estrutura de incentivos existente no seio da relação.

Informações observáveis, mas não verificáveis, sobre a ação do agente podem ser exploradas de forma lucrativa em um problema de agência¹⁸⁰. Vale ressaltar que, apesar da incapacidade de verificar a ação do agente, a situação pode reunir condições nas quais a solução ótima seja não investir mais em informação. Ainda, há sempre a possibilidade de renegociação do contrato, a qual pode ser facilitada se as partes compartilharem os ganhos de tal negociação¹⁸¹.

Um ponto significativo, porém, muitas vezes não mencionado, que pode potencialmente distinguir as partes do tribunal, é que este último não só seria normalmente solicitado a tirar conclusões corretas sobre o verdadeiro estado das coisas, mas também a fornecer um argumento, possivelmente consistente (internamente e com respeito a provas empíricas), que motivasse o veredicto¹⁸². Afinal, não basta ao tribunal adquirir informações e convencer-se de um determinado ponto de vista, mas também, é preciso que tenha condições de transmitir o seu conhecimento de forma fundamentada, a fim de que possa realizar a prestação jurisdicional.

¹⁷⁹ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 669.

¹⁸⁰ Demski, Joel S.; Sappington, David EM. *Resolving double moral hazard problems with buyout agreements*, p. 232-240.

¹⁸¹ Edlin, Aron S.; Hermalin, Benjamin E. *Contract Renegotiation and Options in Agency Problems*, p. 24.

¹⁸² Dimitri, Nicola. *A Characterisation of Observability and Verifiability in Contracts*, p. 4.

Os conceitos de observabilidade e verificabilidade se aplicam perfeitamente à hipótese dos contratos administrativos. Ao longo do desenvolvimento do contrato, é possível que a conduta do contratado – aquele que detém o domínio da atividade – não possa ser enxergada pela outra parte. O comportamento da parte contratada durante o desenrolar da execução contratual, ou seja, aquilo que ele faz ou deixa de fazer para que se efetive o adimplemento das prestações, sinaliza à outra parte se o contrato atingirá o resultado desejado quando chegar ao seu fim.

Não raro, a performance do contratado durante a execução contratual é apenas de seu próprio conhecimento. Nem todo comportamento seu emite um sinal capaz de, naturalmente e sem qualquer custo, chegar até o contraente público. O desenvolvimento da execução do contrato é um passar de páginas constante cuja leitura nem sempre é feita pela Administração Pública. Muitas vezes apenas o resultado final lhe é revelado, sem que a história toda lhe seja contada. Caso surpreenda-se com o desfecho final, muito pouco pode fazer para saber o que aconteceu durante o percurso para que o resultado atingido fosse aquele.

Em outras palavras, nem sempre é fácil para o contraente público identificar se o resultado indesejado ao final do contrato foi consequência da conduta do contratado (em razão de não ter impingido o grau de esforço necessário ou por ter agido com negligência) ou de outra circunstância alheia à vontade de quem desenvolvia a atividade (a qual conduziria ao resultado indesejado, independente de quanto esforçasse a parte contratada). Por este motivo, muitas vezes importa que a execução do contrato, à medida que se desenvolva, seja acompanhada pelo contraente público. Este acompanhamento, por sua vez, faz nascer um custo de fiscalização, o custo de se auditar o comportamento do contratado¹⁸³.

A utilização dos poderes de conformação da Administração Pública, os quais submetem-se à vontade soberana do contraente público, estão intimamente relacionados ao grau de observabilidade e verificabilidade do contrato. E é justamente neste ponto que se pode entender qual a específica utilidade das informações no âmbito dos contratos administrativos.

¹⁸³ Townsend, Robert M. *Optimal Contracts and Competitive Markets with Costly State Verification*, p. 266.

3.4 Utilidade da Informação na Execução dos Contratos Administrativos

Repisando o que já visto anteriormente no presente capítulo, tem-se que as informações são úteis pois auxiliam na tomada de decisões, reduzem o leque de incertezas e conduzem o tomador de decisão para mais próximo da escolha ótima. Dada a sua importância, a informação foi reconhecida como um recurso valioso, sendo capaz de interferir nos mercados e nas relações de agência, inclusive levando os agentes à adoção de comportamentos estratégicos. Resta agora definir a utilidade da informação especificamente no âmbito da execução dos contratos administrativos. Em outras palavras, para que serve ao contraente público adquirir mais informação no seio dos contratos?

Uma boa informação é a força vital de uma governança eficaz. Os decisores públicos devem operar em ambientes incertos onde a escolha ideal depende – muitas vezes substancialmente – de informação sobre as prováveis consequências das diferentes linhas de ação. Não se quer dizer que decisões públicas devam ser meramente tecnocráticas. Também não se defende que evidência relevante seja apenas quantitativa, de uma visão estritamente utilitarista. A escolha de um decisor deve depender da qualidade e do conteúdo da informação que lhe é disponibilizada¹⁸⁴. Preconiza-se, portanto, que a boa administração deve ser uma administração baseada na melhor evidência possível.

Informação acrescenta valor na cadeia de produção¹⁸⁵. A entrega da Administração Pública à sociedade – ou seja, a sua finalidade – é a satisfação das necessidades coletivas. Quando o contraente público adquire informação no seio dos contratos, o faz com o objetivo de acrescentar valor nesta cadeia de atos que tem como meta a satisfação do interesse público. A informação é a força vital da política reguladora e das políticas públicas. O uso efetivo do poder governamental depende da informação sobre as condições no mundo, estratégias para melhorar essas condições e as consequências associadas à implementação de diferentes estratégias¹⁸⁶.

No momento em que a Administração Pública firma um contrato administrativo, é natural que tenha o interesse de que este contrato caminhe até o seu fim. Afinal, quando define o clausulado, as prestações e o objeto do contrato, a

¹⁸⁴ Stephenson, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*, p. 1423.

¹⁸⁵ Stair, Ralph; Reynolds, George. *Principles of Information Systems*, p. 47.

¹⁸⁶ Coglianese, Cary; Zeckhauser, Richard; Parson, Edward. *Seeking Truth for Power: Informational Strategy and Regulatory Policymaking*, p. 277.

Administração Pública o faz em nome e no interesse de satisfazer as necessidades coletivas. Portanto, entende-se que é do interesse coletivo que as prestações sejam corretamente adimplidas. De outro lado, também almeja a Administração Pública que o contrato seja atual, isto é, que corresponda às pretensões da coletividade naquele determinado momento histórico. Caso as pretensões da coletividade se alterem, deve o contrato – notadamente aqueles de longo prazo ou nas hipóteses de contingências imprevistas – também alterar o seu clausulado, a fim de mimetizar ao máximo a satisfação do interesse público. Por fim, é do interesse da Administração Pública que o contrato administrativo seja o mais eficiente possível. Afinal, a gestão pública implica tomada de decisão com o dinheiro de outrem, e por isso mesmo há uma responsabilidade reforçada no sentido de se deixar de lado os caprichos, as aventuras e exageros (próprios da liberdade privada) e pautar-se pela sobriedade, pela melhor técnica e pela sensatez. Trata-se de patrimônio público, ou seja, produto do esforço difuso de toda a sociedade e entregue a um terceiro (a Administração Pública) para que o aplique da melhor forma possível na consecução dos fins da coletividade.

Em síntese, é objetivo da Administração Pública, no seio da execução dos contratos administrativos, garantir o adimplemento das prestações e buscar com que este seja o mais atual e mais eficiente possível. Em troca da confiança que a sociedade lhe deposita, o produto que a Administração Pública entrega – sob a lente da execução dos contratos administrativos – é um contrato adimplido, atual e eficiente.

A informação, por sua vez, agrega valor a esta entrega, pois auxilia nas tomadas de decisão inerentes a esta cadeia de acontecimentos. Em geral, no desenvolvimento da execução contratual, existem demandas de tomada de decisão das seguintes ordens: (a) quanto à garantia de adimplemento do contrato; (b) quanto à prorrogação do contrato; (c) quanto à rescisão unilateral do contrato; (d) quanto à modificação do contrato; e (e) quanto à resolução de conflitos. Tais tomadas de decisão devem se basear na melhor evidência possível, ou seja, estarão tanto mais próximas da escolha ótima quanto mais bem informadas forem.

Inicialmente, tem-se que o contraente público não pode firmar o contrato e, logo após, entregá-lo à total mercê do contratado. Toda contratação faz surgir o risco do inadimplemento, e tratando-se de interesse público, não pode a Administração Pública assumir este risco e nada fazer a respeito. Ao contrário, cabe a ela reduzir o risco do inadimplemento ao nível ótimo, zelando pelo interesse da coletividade mesmo após a adjudicação do contrato. Em outras palavras, a contratação de uma

necessidade pública não exime o poder público de suas responsabilidades, o qual continua a responder pela não satisfação do interesse coletivo. Neste ínterim, deve o contraente público tomar decisões sobre como proceder à fiscalização do contrato, ou seja, como garantir um grau de observabilidade aceitável. Posteriormente, observado eventual inadimplemento, deve o contraente público decidir sobre qual a sua resposta perante a situação.

A resposta da Administração Pública perante o inadimplemento do contrato nem sempre é óbvia. A um, pelo fato de que o contrato, muitas vezes, prevê um leque de sanções contratuais, de gravidade escalonada, as quais devem ser aplicadas a depender da gravidade do inadimplemento correspondente. A dois, em razão de a hipótese de sanção contratual, nem sempre, se mostrar a melhor solução. Imagine-se que o inadimplemento decorreu de uma crise econômica generalizada, o qual afetou não só o contratado, mas vários atores do cenário econômico local. É possível que, mesmo após o inadimplemento, o contratado demonstre que este se deu por forças alheias à sua vontade, bem como que está se esforçando para sair da crise e retomar as suas normais atividades. Qualquer sanção, neste cenário, poderia agravar a situação do contratado e levá-lo à falência, prejudicando o interesse público. É de se pensar, nestas hipóteses, que mesmo à revelia da disposição contratual, pode ser de interesse público o afastamento da sanção¹⁸⁷. A três, é possível que o inadimplemento revele a necessidade de renegociação do contrato, a exemplo, nos casos de incumprimento eficiente¹⁸⁸ sob a ótica do contratado. Dito isto, pode-se afirmar que a tomada de decisão a fim de garantir o adimplemento do contrato, ante o leque de opções e sua complexidade, deve ser uma decisão informada, sob pena de incorrer em ineficiência.

Em segundo lugar, não raro a Administração Pública é chamada a tomar decisões quanto à prorrogação ou não dos contratos administrativos. É comum que tais contratos, notadamente aqueles de longo prazo, estabeleçam um período de vigência, bem como a possibilidade de renovação deste período – com ou sem limites de quantidade de renovação. Em regra, os ordenamentos jurídicos exigem que o ato administrativo seja motivado. Nestes casos, o ato de prorrogação deve estar fundamentado em evidências que comprovem que o contrato foi suficientemente adimplido no passado, bem como que continua sendo atual e eficiente; ou seja, que ainda é de interesse da sociedade a sua manutenção. Desprovida de informações, a

¹⁸⁷ Gonçalves, Pedro. *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, p. 5 ss.

¹⁸⁸ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 747.

Administração Pública jamais conseguirá fundamentar de forma adequada o ato de prorrogação de um contrato muito longo. Imagine-se, por exemplo, um contrato com prazo de vinte anos, prorrogável por mais vinte; contratos de longo prazo demandam da Administração Pública a capacidade de coletar informações quanto ao histórico da performance do contrato, bem como de resgatar estas informações quando necessário – a exemplo, na hipótese de avaliar a conveniência de sua prorrogação. É preciso, no caso, avaliar a oportunidade de recontratar em relação ao prolongamento da relação já existente. Ausente um histórico dos acontecimentos, com informações estruturadas, dificilmente o administrador público conseguirá guiar sua tomada de decisão de forma coerente.

Ainda, a aquisição de informação tem como finalidade subsidiar as tomadas de decisão da Administração Pública no que tange à modificação dos contratos administrativos. Seja por fatos supervenientes, imprevistos ou imprevisíveis, seja pela necessidade de manter o contrato atual e eficiente, é possível que a Administração Pública, no uso dos poderes de conformação, modifique unilateralmente o clausulado contratual. A modificação unilateral dos contratos é especialmente importante naqueles contratos de longo prazo, os quais tem a maior chance de sofrerem contingências imprevistas ou imprevisíveis, bem como de, com o passar do tempo, se revelarem desatualizados ou ineficientes. É possível que, com o tempo, as necessidades públicas se transformem, sendo que as necessidades da época da adjudicação do contrato, e que naquele tempo serviram de base para a estipulação das obrigações, não mais correspondam àquelas da época da sua execução. Caso esse anacronismo venha a ocorrer, é interessante que a Administração Pública reflita sobre a necessidade de realinhamento das obrigações contratuais. Da mesma forma, esse novo direcionamento pode ocorrer com a finalidade de se perquirir eficiência; é o caso, por exemplo, do surgimento de uma nova técnica, a qual traria maior economia à performance do contrato. Para tomadas de decisão quanto à modificação unilateral do contrato é igualmente preciso que a Administração Pública sustente o seu ato na melhor evidência possível, avaliando as informações disponíveis quanto à situação atual e a nova que se propõe. Inclusive, no caso de modificação do clausulado, o desenho da nova proposta será melhor definido com base nas evidências do caso concreto.

Por todos os motivos narrados no parágrafo anterior, é possível que a Administração Pública, ao invés de modificar o clausulado, entenda que a melhor

alternativa possível seja a derrocada do contrato. Também na rescisão unilateral é necessário que a Administração Pública tenha informações que possam subsidiá-la na tomada de decisão. Não só no sentido de fundamentar o ato administrativo rescisório, mas principalmente na capacidade de enxergar que a rescisão, no caso, é a melhor alternativa possível. Pensar em rescisão significa calcular os custos do recontrato, da interrupção da performance atual, e da janela de oportunismo que se abre entre a revelação da intenção de rescindir e o efetivo desligamento do então contratado da atividade de interesse público. Afinal, ao ficar ciente do seu possível desligamento e ausente a expectativa de nova contratação, é provável que o contratado oportunista se posicione de forma estratégica, egoísta, e lesiva ao interesse coletivo.

Por fim, o desenvolvimento da execução dos contratos demanda tomadas de decisão quanto aos eventuais conflitos que possam surgir. O risco de litígios, em maior ou menor medida, existe em todas as relações humanas. Na seara dos contratos, quanto mais complexo este for, maior o risco de ocorrerem litígios. Quando se instalam duas ou mais pretensões resistidas a performance do contrato pode ficar altamente comprometida. Principalmente se a situação não puder ser resolvida entre os envolvidos e clamar pela interferência de um terceiro adjudicador. O litígio que, para ser solucionado, demanda a intervenção de um tribunal, implica tempo desperdiçado, custas processuais, gastos com advogados, dentre outras despesas. Além disso, o risco da inverificabilidade por parte do terceiro adjudicador é sempre uma incerteza perniciosa. Diante do exposto, cabe ao contraente público adotar medidas que: (a) reduzam a quantidade de litígios que possam surgir; (b) crie meios de autocomposição dos conflitos que porventura ocorram. O surgimento de litígios depende muito do ambiente de trabalho, bem como da adequada comunicação entre os envolvidos, a qual tem de ser clara e sem ruídos. Para a criação de um ambiente propício ao bom trabalho e um canal de comunicação eficiente é preciso que o tomador de decisão adquira informação quanto às circunstâncias então existentes. Sem informação não é possível identificar os pontos críticos para que sejam posteriormente trabalhados.

Em síntese, pode-se dizer que a aquisição de informação durante a execução dos contratos administrativos é útil ao contraente público para orientá-lo nas tomadas de decisão, em especial quanto: (a) à garantia de adimplemento do contrato; (b) à prorrogação do contrato; (c) à rescisão unilateral do contrato; (d) à modificação do contrato; e (e) à resolução de conflitos. Caso identifique a insuficiência das

informações disponíveis, deve o contraente público adotar providências (meta-decisão) no sentido de criar mecanismos de informação que tragam mais subsídios para as suas escolhas.

Ante o exposto, é possível dizer que, em regra, a utilização dos poderes de conformação carecerá de informações que os possam subsidiar. Quanto mais complexa a relação contratual, mais demandará a aquisição de informações. Afinal, a tomada de decisão quanto ao uso dos poderes legais de conformação, tal como as demais tomadas de decisão, deve ser uma decisão informada. Neste íterim, é de se perguntar: é válido afirmar que a solução para o problema informacional são os poderes de conformação, uma vez que estes também dependem de informação? A pergunta, posta dessa forma, apresenta-se como um paradoxo.

Se o problema da relação contratual é a escassez de informação, e a boa utilização dos poderes de conformação também depende de informação, não se pode dizer, ao menos de plano, que esta seja a solução daquela. Sob este prisma, a pergunta anteriormente posta – qual seja, se os poderes de conformação são suficientes para superar o problema informacional na execução dos contratos administrativos – não se mostra válida, pois não faz o devido enquadramento do problema. Desconsidera-se a premissa de que a informação também é necessária à utilização dos poderes de conformação e, por isso mesmo, deve ser enfrentada de forma distinta dos demais problemas relativos à relação contratual.

De toda forma, perde significado a presente discussão quando se tratar de contratos singelos, de prestações simples. Por isso mesmo, será analisada, no próximo item, a complexidade das relações contratuais, e como a aquisição de informação se apresenta como um processo limitado. Em seguida, será resgatado o assunto do enquadramento do problema, bem como apontada a forma como deve ser enfrentado o tema da informação.

4 Aquisição de Informação Como um Processo Limitado

Um dos pontos centrais do presente trabalho reside na assunção de que a observabilidade da execução dos contratos é um processo limitado. Não se pode presumir que o contratante tenha plenas condições de observar toda a execução do contrato, à medida em que as prestações são executadas. De fato, em alguns contratos

mais simples, de prestação instantânea e arranjo obrigacional singelo, a observabilidade tende a ser perfeita. Mas não é sempre assim.

O grau de complexidade de um contrato é variável, em razão de diversos fatores. Quanto mais complexo for o contrato, maiores serão os custos de se adquirir informação. Estes custos, em contratos mais simples, tendem a zero; mas não é o que ocorre em contratos complexos. Por vezes, os custos de se adquirir informação serão tão altos que a conduta ótima apontará para a não aquisição de mais informação. Afinal, não se pode pensar em informação a qualquer custo, sob pena de incorrer em um comportamento deletério; não raro, os custos de adquirir informação perfeita podem superar o valor do próprio contrato.

Além disso, faz-se necessária outra constatação. Toda informação é essencialmente “humana”¹⁸⁹, no sentido de que somente há informação por meio da observação humana. O fenômeno da informação é intrínseco à pessoa humana, à sua capacidade de observação e de comunicação por meio da linguagem; somente tem sentido à vista de um sistema de comunicação, o qual envolve um emissor e um receptor, essencialmente humanos.

Dada esta condição “humana” da informação, existem características ínsitas ao comportamento da pessoa que devem ser levadas em consideração na análise da observabilidade dos contratos: trata-se dos incentivos e vieses que afetam o comportamento humano. Novos estudos sobre tomadas de decisão e irracionalidade levam a crer que: (a) toda escolha deriva da estrutura de incentivos disposta ao tomador da decisão; e (b) o comportamento humano não é plenamente racional, sofrendo interferência de vieses. Desta feita, considerando que a observabilidade do contrato depende da transmissão de informações, e considerando que o fenômeno da informação é essencialmente humano, os limites da observabilidade perpassam pela análise dos incentivos e vieses que conformam o comportamento do agente.

Nesta linha, Victor P. Goldberg, na obra *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*¹⁹⁰, traz importante lição:

Existem três constatações significantes sobre o mundo real que, de tão óbvias, apenas um economista se sentiria compelido a reconhecê-las e explicitá-las. Primeiro, que as pessoas não são oniscientes; as informações

¹⁸⁹ Fernandes, Pedro Onofre. *Economia da Informação*, p. 166.

¹⁹⁰ Goldberg, Victor P. *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, p. 338-339.

que possuem são imperfeitas e improváveis a custo zero. Segundo, nem todas as pessoas são santas o tempo todo; à medida que as relações se descortinam vão surgindo oportunidades para que uma das partes ganhe vantagem sobre a vulnerabilidade da outra, para que adotem comportamentos estratégicos, ou para que persigam seus interesses próprios à custa da outra parte. Os atores, ocasionalmente, comportam-se de forma oportunista. Terceiro, as partes não podem, necessariamente, confiar que pessoas estranhas à relação conseguirão impor a fiel execução do contrato a baixo custo e de forma acurada.¹⁹¹

Em suma, tem-se o claro reconhecimento de que a observabilidade dos contratos é um processo limitado pelos custos de aquisição da informação, pelos incentivos dispostos para cada um dos agentes, bem como pelos vieses que afetam o comportamento humano. Quanto mais complexo for o contrato, maiores serão os custos, e mais sofisticados serão os incentivos e vieses existentes.

A fim de aprofundar o assunto, o presente capítulo será dedicado aos limites do processo de observabilidade, consubstanciados nos custos de aquisição da informação, bem como nos incentivos e vieses do comportamento humano. Posteriormente, serão abordados fatores que tornam as relações contratuais complexas, e consequentemente incrementam os limites da observabilidade.

4.1 Limites à Observabilidade

Conforme visto acima, a capacidade do contraente público de observar o adimplemento das prestações do contrato é limitada, sendo ingênuo presumir uma observabilidade plena, notadamente nos contratos complexos. São limites à observabilidade da execução do contrato os custos de aquisição da informação, a estrutura de incentivos disposta a cada um dos agentes, bem como os vieses que afetam o comportamento humano. A seguir, serão explorados cada um destes limites.

4.1.1 Custo da Informação

O contrato é instrumento por meio do qual o principal transfere a um terceiro, o agente, a satisfação de uma determinada necessidade sua (do principal), mediante um preço. Quando assim o faz, transfere ao agente a execução direta da atividade, e consequentemente o domínio sobre as informações dessa atividade.

¹⁹¹ Tradução livre do autor.

Assim, tem-se que o contrato significa a renúncia ao poder de conduzir diretamente a execução de determinada atividade, cujas informações ficarão a cargo de outrem. Caso pretenda ter acesso a essas informações, deve o contratante recorrer a mecanismos de aquisição de informação; isto é, devem ser utilizados meios adequados que permitam que a informação seja transmitida do seu detentor originário, o agente, para o principal, aquele interessado na fiel execução do contrato.

Ocorre que a utilização dos mecanismos de aquisição de informação, muitas vezes, possui um custo. Tratando-se de contratos simples, de curto prazo, de prestação instantânea, e cujo objeto seja comum, o custo pode ser ínfimo. De outro lado, à medida que o contrato se mostra mais complexo, é possível que os custos de aquisição de informação se avultem, podendo atingir patamares elevados.

Do ponto de partida no cenário da execução dos contratos administrativos o contraente público, parte menos informada, apenas conhece as suas preferências, refletidas (ainda que de forma imperfeita) no clausulado contratual firmado. As demais informações que almeja – quanto ao adimplemento do contrato, quanto ao esforço empregado pelo contraente privado, quanto às variáveis externas que afetam a performance do contrato – encontram-se dispersas, difusas no ambiente e entre todos os atores. A partir daí, o contraente público buscará recolher informações adicionais, que lhe deem subsídio para futuras tomadas de decisão – tais como prorrogação do contrato, aditamento do contrato, formas de redução de litígios ou rescisão antecipada do contrato. A recolha destas informações, todavia, é presumivelmente onerosa¹⁹². Logo, qualquer mecanismo que auxilie o contraente público na aquisição de informação possui para ele um significativo valor econômico.

Considerando o valor das informações para futuras tomadas de decisão, existe um incentivo claro para que o contraente público adquira novas informações durante a execução contratual. Ressalve-se que, além do incentivo de buscar informações a serem transmitidas pela contraparte, haverá também incentivo para que o contraente público produza suas próprias informações¹⁹³. Nesta seara, o que existe é uma verdadeira indústria da informação: diversas são as agências que lucram com a recolha e análise de dados, previsões econômicas, elaboração de relatórios especializados, jornalismo profissional, dentre outros.

¹⁹² Arrow, Kenneth J. *Limited Knowledge and Economic Analysis*, p. 7.

¹⁹³ Idem, p. 7.

O custo da informação na tomada de decisões é um dos elementos que compõem os denominados custos de transação, ou custos de organização, quais sejam, os custos de funcionamento de um sistema económico. Distinguem-se dos custos “reais” ou custos substantivos, os quais se identificam, por exemplo, com os custos de produção ou custos de transporte¹⁹⁴.

Nas palavras de Fernando Araújo¹⁹⁵, quanto à definição dos custos de transação, segue a lição:

Lembremos que, por definição, “custos de transação” são todos aqueles em que se incorre na troca de utilidades e na afectação comutativa de recursos, quando se busca uma contraparte, se negocia com ela, se prevêem e supervisionam as contingências do cumprimento, etc. – sendo que se podem subsumir a essa categoria mais geral, entre tantos outros, os custos de *busca* de oportunidades de troca, os custos de *determinação* dos preços relevantes e de *identificação* das partes interessadas, os custos de *negociação*, os custos de *definição* dos direitos em jogo, os custos de *elaboração* e de *cumprimento* dos contratos, custos de *coordenação* nos processos de decisão colectiva, custos de *motivação* na aplicação de tempo escasso a prossecução de interesses (...).

Na mesma linha, ensina Kenneth J. Arrow¹⁹⁶ que os custos de transação são afetos a qualquer tipo de mercado, e a qualquer tipo de alocação de recursos. Quando, em um determinado caso particular, os custos de transação são tão altos que inviabilizam a própria existência do mercado em si, diz-se que existe uma falha de mercado. Os custos de informação e de comunicação – inclusive o fornecimento e o aprendizado de termos utilizados durante a execução das trocas – são espécie de custos de transação, os quais podem ser tão altos que se revelem como falhas de mercado e inviabilizem a sua existência (do mercado).

Nenhum economista pode negar que grande parte de um sistema de produção possui o contributo da manipulação de símbolos – ordens por telefones, discussões em conferências, tráfego de papeis, ou mesmo a performance de uma simples tarefa a ser

¹⁹⁴ Oniki, Hajime. *The Cost of Communication in Economic Organization*, p. 530.

¹⁹⁵ Araújo, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 553.

¹⁹⁶ Arrow, Kenneth J. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, p. 12.

executada por um trabalhador ordinário¹⁹⁷. A produção de toda essa informação depende das escolhas feitas entre as partes, e envolve custos e *delays*. Ainda, é preciso considerar que em um sistema de informação haja ruídos, e que a informação que chega ao destinatário é limitada¹⁹⁸.

Conforme ensinamentos de Jacob Marschak¹⁹⁹, o processo de tomada de decisão informada passa por três etapas, quais sejam: (a) inquirição, ocasião em que se dá a recolha de dados; (b) comunicação, consubstanciada na troca de mensagens; e (c) decisão, ou seja, escolha das ações que serão adotadas com base nas mensagens recebidas. Ainda, a etapa de comunicação pode ser entendida em dois momentos diferentes, são eles: (1) os serviços de codificação e decodificação da mensagem, os quais muitas vezes são feitos pela própria pessoa humana; e (2) o serviço de transmissão da mensagem, o qual é geralmente executado por um equipamento inanimado. Segundo o autor, os custos da informação são inerentes a cada uma das etapas acima citadas²⁰⁰, ou seja, verifica-se onerosidade em todos os níveis do processo de comunicação.

A transferência da informação é, acima de tudo, uma engenharia; se dá por um canal de transmissão, o qual possui capacidade limitada, bem como existe a possibilidade de a transmissão ser distorcida por um ruído externo²⁰¹. Ademais, no que toca ao seu aspecto semântico, toda mensagem possui um significado, o qual deve sustentar-se durante o processo de codificação e decodificação da mensagem. Isto posto, infere-se que não se trata de um processo livre de atritos. Ao contrário, a transmissão da informação encontra fricção e imperfeições, sendo que a adequada comunicação entre partes interessadas acarreta onerosidades.

Sendo assim, há de se reconhecer que a aquisição de informações durante a execução do contrato possui um custo, denominado custo da informação. Caso este custo seja excessivamente alto, a aquisição de mais informação pode ser ineficiente, ocasião em que o tomador de decisão terá de proceder às escolhas tão somente com as informações que estão à sua disposição, ainda que estas não sejam todas as informações. Desta feita, os custos da informação limitam a observabilidade do

¹⁹⁷ Marschak, Jacob. *Economics of Information Systems*, p. 192.

¹⁹⁸ Idem, p. 193.

¹⁹⁹ Marschak, Jacob. *Economics of Inquiring, Communicating, Deciding*, p. 2.

²⁰⁰ Oniki, Hajime. *The Cost of Communication in Economic Organization*, p. 530.

²⁰¹ Birchler, Urs; Bütler, Monika. *Information Economics*, p. 14-15.

contraente público, e pode levá-lo a decidir sem ter acesso a informações plenas, sendo esta a sua opção ótima.

4.1.2 Incentivos

Outro fator que impõe limites à observabilidade da execução dos contratos, notadamente nos contratos administrativos, é a estrutura de incentivos disposta para cada um dos agentes envolvidos no cenário.

Isto porque a aquisição de informações pelo contraente público durante o desenvolvimento da relação contratual depende de mecanismos de comunicação que consigam levar informações valiosas até ele (o contratante). As informações, por sua vez, são recursos essencialmente humanos²⁰², e dependem de pessoas para que a comunicação aconteça. À luz dos sistemas de informação, tal como lecionado por Claude E. Shannon²⁰³, as etapas de codificação e decodificação da mensagem dependem geralmente de seres humanos. Se a comunicação depende das pessoas, sujeita-se à ação humana, pode-se afirmar então que sua realização está encerrada nas mesmas condições que circundam o comportamento das pessoas.

Seres humanos não são infalíveis, não são perfeitos. Ademais, não se pode esperar que executem irrestritamente aquilo que, por lei, contrato ou qualquer outra norma, seja da sua obrigação. O comportamento humano não é legal, ético e moral o tempo todo. Ao contrário, por vezes o comportamento humano norteia-se pelo interesse próprio, e atua de maneira egoísta. Reiterando o quanto afirmado por Victor P. Goldberg, “*not all people are saints all of the time*”²⁰⁴.

Ao invés de pressupor que o comportamento humano seja pautado a todo tempo pelos moldes da lei, da ética e da moral, o melhor entendimento atualmente é no sentido de que o comportamento é determinado por uma estrutura de incentivos. Trata-se de uma análise centrada na pessoa, nas suas condições concretas, e naquilo que de fato é; afasta-se, portanto, de uma análise pautada exclusivamente no dever ser, que desconsidera as agruras da conjuntura humana. Fato é que existe, para todos os indivíduos, a depender de suas condições e circunstâncias, uma arquitetura de incentivos que guiam as suas escolhas. Assim, no âmbito da teoria das decisões, fala-se atualmente em arquitetura da escolha.

²⁰² Cunha, Isabel M. R. Ferin. *Informação e informações*, p. 47.

²⁰³ Shannon, Claude. *A Mathematical Theory of Communication*, p. 2.

²⁰⁴ Goldberg, Victor P. *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, p. 338-339.

Uma regra imposta à pessoa não determina definitivamente o seu comportamento. Regras não alteram a realidade; o que altera a realidade é o comportamento humano. Uma determinada regra nada mais é, para o agente, do que um incentivo dentro de um leque de vários outros incentivos. A regra, como incentivo que é, pode ser determinante ou não, a depender da arquitetura como um todo. À luz desta análise, a conformação do comportamento humano não passa tão somente pela criação de uma obrigação impositiva de determinada conduta, mas sim, carece antes da seguinte reflexão: qual incentivo deve ser criado, eliminado, ou alterado, a fim de que a arquitetura de incentivos conduza o comportamento humano à escolha desejada?

No que tange à aquisição de informação durante a execução dos contratos, tem-se que os sistemas de comunicação dependem, essencialmente, de pessoas. A transmissão de uma mensagem depende de um emissor e um receptor. No que toca à observabilidade do desenvolvimento da relação contratual nos contratos administrativos, o receptor da mensagem (principal) será o contraente público. O emissor da mensagem (agente), por sua vez, assume uma gama variada de possibilidades, o qual pode ser o contraente privado (ex. obrigação contratual de prestar informações periódicas mediante elaboração de relatórios), um terceiro profissionalizado na venda de informações (ex. empresa privada especializada na medição de obras, contratada para acompanhar a obra de uma escola pública), um usuário do serviço público (ex. pesquisa de satisfação realizada entre os usuários do serviço público prestado pela concessionária de energia elétrica), ou mesmo um empregado do contraente público (ex. agente público designado como fiscal do contrato), dentre outros.

O grande problema aqui existente é que nem sempre os incentivos do receptor da mensagem (principal) estarão alinhados com os incentivos do emissor da informação (agente). Considerando a existência de custos de agência, certamente o agente, que possui vantagem informacional sobre o principal, terá condições de impor elevados custos de agência ao esforço do principal de obter informações relativas à performance do contrato e dos resultados obtidos. Importante destacar que quanto mais incertos forem os resultados de um contrato e quão maior a dificuldade de mensurá-los, maior será a resistência que o agente poderá opor à obtenção de informações pelo principal. Essa dificuldade é ainda mais latente naqueles contratos complexos em que não existem indicadores claros para mensurar os resultados

obtidos com a execução contratual ²⁰⁵. Contratos envolvendo serviços são especialmente difíceis de serem mensurados. Contratos de transporte, por exemplo, os quais devem garantir segurança, conforto e agilidade, são de difícil medição. Algumas reflexões são valiosas para ilustrar a problemática: como se mede o grau de conforto de um serviço de transporte prestado pela concessionária? E o grau de segurança? E a agilidade? Tais medições dependem de indicadores, os quais devem, preferencialmente, ser fixados no próprio clausulado contratual. É de grande importância a construção de indicadores de resultados adequados, claros e transparentes; caso contrário, os custos impostos à contratante para garantir a observabilidade do contrato podem ser ainda maiores²⁰⁶.

Em uma relação de agência, o problema básico se resume no fato de que o principal almeja que o agente trabalhe arduamente, entretanto, o agente muitas vezes não deseja todo esse trabalho árduo. Ainda, o que torna a situação mais complexa, muitas vezes o principal possui dificuldades, quando o resultado advindo do contrato é insuficiente, de identificar se o baixo resultado observado é fruto do parco esforço do agente ou de um evento exógeno que, de forma imprevista e independente, influiu negativamente na performance²⁰⁷.

No caso de informações incompletas, o principal possui duas opções. De um lado, pode o principal tentar buscar informações quanto ao comportamento do agente, e assim recompensar o esforço empregado. Esta hipótese requer mecanismos de controle da conduta do agente, que sejam capazes de mensurar a quantidade de esforço empregado. De forma alternativa, pode o principal recompensar o agente com base nos resultados do trabalho. A medição dos resultados pode substituir a medição do esforço, todavia, não existe uma correspondência direta e perfeita entre ambos. Não raro, o resultado do trabalho independe do esforço do agente, pois pode sofrer interferências externas e independentes de sua vontade. Em outras palavras, bons resultados podem advir de parcos esforços, ao mesmo tempo em que resultados indesejáveis podem ocorrer apesar de um grande e dedicado esforço. Quando o principal opta pela segunda opção (recompensa pelo resultado) ao invés da primeira (recompensa pelo esforço), o que ocorre é a transferência do risco da atividade para o

²⁰⁵ Nóbrega, Marcos. *Direito e economia da Infraestrutura*, p. 76.

²⁰⁶ Idem, p. 76.

²⁰⁷ Stiglitz, Joseph E. *Incentives, risk, and information: notes towards a theory of hierarchy*, p. 553.

agente. Esta transferência impacta na estrutura de incentivos existentes no cenário, gerando reflexos no comportamento das partes. A escolha ótima, no caso, depende de uma análise entre os custos de mensuração do esforço do agente, os custos de mensuração do resultado da atividade, e os custos da transferência dos riscos da atividade para o agente²⁰⁸.

Em razão de problemas informacionais, os quais estão presentes em todas as situações de agência, o principal não consegue retribuir o agente de forma diretamente proporcional ao seu esforço, recompensando aquele que trabalhou arduamente e penalizando aquele que não manteve uma boa performance. Caso o salário a ser pago ao agente seja uma quantia fixa, o agente tende a engajar pouco esforço no exercício da sua atividade; a este efeito denomina-se risco moral. O risco moral por parte do agente implica perda de eficiência, a qual é denominada custo de agência. A existência de custos de agência é justamente o fator que impede o pagamento de salários em quantia fixa ser a escolha ótima (*first-best*) por parte do principal; em razão dos custos de agência, cabe ao principal buscar outros meios (*second-best*) de remunerar os seus agentes²⁰⁹.

Em um cenário ideal de relação de agência com possibilidade de aquisição plena de informações, a opção ótima para o principal seria remunerar o agente com um salário fixo, cujo valor do salário seria equivalente ao valor do esforço empregado; em retorno, o principal espera que o agente empregue este grau de esforço equivalente no exercício da sua atividade. Contudo, no mundo real, ante a existência de custos de agência, o cenário é outro. Não se pode contar com a existência de informações plenas, sendo que o real esforço empregado pelo agente muitas vezes não é de conhecimento do principal; cabe ao agente, portanto, revelar a informação.

Assim sendo, é recomendável ao principal que também exerça uma atividade de supervisão, bem como que a cooperação entre principal e agente seja alcançada por meio de um sistema de recompensas e punições. Tal sistema visa, justamente, criar para o agente uma estrutura de incentivos adequada, que o leve ao comportamento desejado. Contudo, há de se ressaltar que a supervisão da atividade do agente possui limites críticos.

²⁰⁸ Eisenhardt, Kathleen M. *Control: Organizational and Economic Approaches*, p. 136-137.

²⁰⁹ Posner, Eric A. *Agency Models in Law and Economics*, p. 4.

De um lado, a efetividade da supervisão por parte do principal depende de um sistema de recompensas e punições, o qual pode viabilizar e sustentar uma cooperação saudável entre as duas partes. De outro lado, essa atividade de supervisão também possui os seus limites: (a) é possível que os custos da supervisão e suas características afetem a produção, uma vez que, quando supervisiona, o principal interfere na atividade que está sendo desempenhada pelo agente; (b) a supervisão do agente pelo principal depende de uma clareza das ações que podem ser adotadas pelos subordinados, tipicamente limitadas à dicotomia trabalho realizado / trabalho não realizado, encerrada em uma escala unidimensional entre o adimplemento das obrigações ou inadimplemento; contudo, nem sempre o mundo real se mostra tão simples, uma vez que existem várias reações por parte do agente quando este pretende eximir-se do cumprimento de uma regra, por exemplo, por meio da sabotagem da atividade, ou pela estratégia de “*go slow*”, isto é, impondo lentidão forçada à execução; (c) dificilmente os métodos de supervisão, recompensa e punição, conseguem levar em consideração as variações na disposição dos subordinados para o trabalho ou para a fugir de suas obrigações, o que pode conduzir a iniquidades; muitas vezes há uma generalização de todos os subordinados, com a pressuposição de que preferem alijar-se do trabalho, salvo perante um pagamento extra em razão de seu esforço²¹⁰.

A atividade de supervisão é uma atividade onerosa, sendo que os recursos para tanto devem ser sabiamente alocados. Muitas vezes, o supervisor não possui condições de supervisionar todos os subordinados, devendo eleger apenas alguns sobre os quais depositará os seus esforços. Essa escolha, por sua vez, tende a ser uma decisão sob incerteza. Ainda, é possível que o supervisor, mesmo observando a atividade do subordinado, não consiga identificar se aquela ação constitui uma performance adequada ou não, notadamente naqueles casos em que a atividade é de alta especialidade técnica ou científica²¹¹. Limites de tempo e de informação são verdadeiras barreiras a uma atividade de supervisão, a qual não pode, por isso mesmo, ter a pretensão de ser plena.

Ainda na linha das dificuldades de observabilidade da execução dos contratos em razão da divergência de incentivos, podem ser elencadas duas circunstâncias que

²¹⁰ Brehm, John; Gates, Scott. *Working, Shirking, and Sabotage: Bureaucratic Response to a Democratic Public*, p. 26-27.

²¹¹ Idem, p. 42.

obstam a mensuração do valor do resultado advindo do esforço do agente: (a) quando o agente trabalha como integrante de uma equipe, e apenas o resultado do esforço da equipe pode ser observado; (b) quando o resultado físico do esforço do agente pode ser observado, todavia, não existe preço de mercado para este componente isolado, o que impede o principal de se nortear quanto ao valor do esforço ali dedicado – é o típico caso de produções muito especializadas, em que existe um valor de mercado para o resultado final, contudo, não existe preço de referência para cada etapa ou componente do processo de produção²¹². Nestas circunstâncias, o agente possui melhores condições de identificar o real valor do seu esforço – isoladamente considerado dentro de um processo de produção – do que o principal; logo, o agente obviamente terá incentivos de informar o principal quando da execução de uma tarefa difícil, entretanto, não terá os mesmos incentivos de informar a execução de uma tarefa singela e de fácil realização²¹³.

Em suma, pode-se afirmar que a observabilidade da execução dos contratos é um processo limitado, dentre outros motivos, pela estrutura de incentivos que circundam e conformam o comportamento dos atores envolvidos no cenário. A partir do momento em que os incentivos daquele que tem a obrigação de emitir a mensagem não convergirem com os incentivos daquele que aguarda e depende do recebimento da mensagem, é possível que a mensagem que deveria ser enviada (a) jamais chegue no seu destino, que (b) chegue fora do tempo devido, ou que seja (c) transmitida de forma distorcida. A atividade de supervisionar o emissor da mensagem, por sua vez, é uma atividade limitada, e pode não ser suficiente para corrigir a estrutura de incentivos e garantir a transferência das informações da forma como se espera.

4.1.3 Vieses

Outro fator que impõe limites à observabilidade da execução dos contratos são os vieses aos quais estão submetidos o comportamento humano. Mais uma vez faz-se aqui a observação de que a informação é essencialmente humana. A informação existe a partir do momento em que existe a cognição humana, a forma do ser humano de enxergar e entender o mundo, bem como de relacionar-se com outros seres humanos.

Toda mensagem é um sinal que reflete um conhecimento, uma impressão, um juízo de valor. A comunicação está consubstanciada na troca de sinais, os quais

²¹² Stiglitz, Joseph E. *Incentives, risk, and information: notes towards a theory of hierarchy*, p. 566.

²¹³ Idem., p. 566.

buscam transmitir conhecimentos, impressões e julgamentos de uma pessoa a outra. Ocorre que seres humanos não são máquinas perfeitas, dotadas de processadores poderosos, capazes de entender o mundo e traduzi-lo com facilidade. Engana-se aquele que pensa que a pessoa e a mente humana conseguem: (a) absorver informações plenas sobre tudo que está ao seu redor; (b) armazenar e processar uma grande quantidade de informações; (c) resgatar memórias e transmitir informações com alta velocidade.

O cérebro humano, ferramenta à disposição da pessoa, é um mecanismo limitado, com capacidade restrita de absorção, retenção, processamento e transmissão de informações. Não se pode ter como verdade que a mente humana presta atenção plena a todo momento, que possui informações completas, que possui capacidades cognitivas ilimitadas, bem como um completo autocontrole²¹⁴.

Por vezes alguns campos da ciência superestimam a capacidade do cérebro humano, pressupondo que se trata de uma máquina perfeita, muito mais racional do que ela realmente é. A exemplo, muitas pesquisas em psicologia cognitiva sugerem que os indivíduos, na formação de seus julgamentos de probabilidade, têm como ponto de partida as leis da estatística e o teorema de Bayes; este entendimento é criticável, pois é improvável que a evolução natural do cérebro tenha conduzido o ser humano a processar naturalmente uma lei que Thomas Bayes (1701 – 1761)²¹⁵ descobriu há apenas alguns séculos atrás. Por esta razão, algumas pesquisas mais recentes apontam um ponto de partida alternativo: a cognição humana está sujeita a tendência ou vieses, os quais são revelados por meio de heurísticas²¹⁶.

Na lição de Daniel Kahneman, duas premissas tidas como verdade pelos cientistas sociais da década de 1970 merecem ser desafiadas: (a) a de que as pessoas são, no geral, racionais, e suas opiniões normalmente são sólidas; (b) a de que as emoções, tais como medo, afeição e ódio, explicam a maioria das ocasiões em que as pessoas se afastam da racionalidade²¹⁷. A análise comportamental, que tem Daniel Kahneman e Amos Tversky como dois de seus principais expoentes, contesta tais premissas, no sentido de que o comportamento humano comete erros sistemáticos. Tais erros não seriam fruto de mera aleatoriedade, um simples desvirtuamento do

²¹⁴ Thaler, Richard.; Sunstein, Cass. *Nudge*, p. 5 (edição kindle).

²¹⁵ Wikipedia, disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Bayes.

²¹⁶ Camerer, Colin. *Bounded Rationality in Individual Decision Making*, p. 8-9.

²¹⁷ Kahneman, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, p. 16.

pensamento pela emoção, mas sim, resultados de um mecanismo cognitivo próprio, passível de análise, que seriam as regras de heurística. Em síntese, a tese defendida pela análise comportamental, e bastante aceita atualmente, é a de que a mente humana é suscetível de erros sistemáticos.

Em que pese a mente humana seja racional, o autocontrole e o esforço cognitivo são formas de trabalho mental²¹⁸; este trabalho mental esgota o indivíduo, o qual não está disposto a arcar com este esforço a todo momento. A cognição humana é um recurso escasso, e por isso mesmo a tomada de decisão é atividade que possui custo. Para evitar falácias, é preciso acrescentar nos modelos econômicos o custo da deliberação²¹⁹.

Na linha do que ensina John Conlisk, no artigo *Why Bounded Rationality?*²²⁰, o reconhecimento de um custo de deliberação permite falar em uma verdadeira “economia da mente”: racionalidade é um bem escasso, e boas decisões possuem um custo. Existe uma transação entre o empenho dedicado a uma boa deliberação e o empenho dedicado a outras atividades; um tomador de decisão, quando em face de diversas atividades planejadas para serem executadas, não possui condições de otimizar todas as atividades a todo momento. Assim, o custo de deliberação pode ser traduzido na redução da performance de uma atividade em função do aperfeiçoamento de outra.

Ante o custo de deliberação, o ser humano não é racional a todo momento. Quando decide não arcar com este custo, o que ocorre na grande maioria das vezes, a mente recorre a outra estratégia, qual seja, a utilização das heurísticas. As heurísticas são regras gerais, isto é, são atalhos utilizados pela mente. Ao invés de realizar tarefas mentais complexas de avaliar probabilidades e predizer valores, o indivíduo recorre a operações mais simples, se apoiando em um número limitado de princípios heurísticos que reduzem a dificuldade da tarefa²²¹. Heurística pode ser tecnicamente definida como “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”²²². Em geral as heurísticas são bastantes úteis, mas podem levar a erros sistemáticos. E é justamente por meio da

²¹⁸ Idem, posição 821 (edição kindle).

²¹⁹ Conlisk, John. *Why Bounded Rationality?*, p. 686.

²²⁰ Idem, p. 682.

²²¹ Kahneman, Daniel; Tversky, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, p. 1124.

²²² Kahneman, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, p. 127.

revelação das heurísticas utilizadas pela mente que a análise comportamental consegue prever, com grau razoável de sucesso, as atitudes irracionais do comportamento humano.

Amplamente utilizadas pela mente, as heurísticas são de grande serventia, contudo, não contemplam todo o cenário e, por isso mesmo, podem conduzir tomadores de decisão a erros sistemáticos. Apenas a título de exemplo, é possível dizer que os indivíduos, de forma sistemática, tomam decisões com base nas informações que estão mais facilmente disponíveis na memória – memória recente – e desconsideram as demais informações relevantes existentes no cenário. Para ilustrar, tenha-se o consumidor que, após ter sofrido um acidente recente, tem maior probabilidade de contratar um seguro veicular. Na mesma linha, os indivíduos atribuem sistematicamente peso indevido a evidências instanciadas em comparação com declarações gerais, a evidências vívidas em comparação com evidências pálidas e a evidências concretas em comparação com evidências abstratas²²³. Seguindo, indivíduos são sistematicamente insensíveis ao tamanho das amostras e erroneamente tomam amostras pequenas como representativas da regra geral²²⁴. Não raro, as amostras consistentes em eventos presentes são erroneamente assumidas como representativas, e consequentemente preditivas, de eventos futuros. Ainda, atores normalmente realizam análises telescópicas defeituosas, ou seja, sistematicamente atribuem peso equivocado aos custos e benefícios de eventos futuros em comparação com os custos e benefícios do presente. Por fim, atores sistematicamente subestimam grande parte dos riscos²²⁵.

Nas últimas décadas, o ramo da ciência responsável pelo estudo dos julgamentos e tomadas de decisão tem se afastado da teoria da utilidade esperada²²⁶ – desenvolvida por John von Newman e Oskar Morgenstern – e tentado dialogar com outras disciplinas ligadas ao comportamento humano, tais como a psicologia, economia, finanças, ciências políticas e o direito²²⁷. A teoria da utilidade esperada,

²²³ Kahneman, Daniel; Tversky, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, p. 1124.

²²⁴ Kahneman, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, p. 151.

²²⁵ Eisenberg, Melvin Aron. *Contracts and Relationships*, p. 447.

²²⁶ Kahneman, Daniel; Tversky, Amos. *Advances in Prospect Theory*, p. 297 ss.

²²⁷ Zamir, Eyal; Teichamn, Doron. *Behavioral Law and Economics*, posição 841 (edição kindle).

amplamente utilizada nas décadas de 1950 até 1970²²⁸, não é a mais adequada para explicar como o processo de decisão acontece na realidade. O modelo oferecido por Daniel Kahneman e Amos Tversky, chamado teoria da perspectiva ou teoria do prospecto, parece explicar de melhor forma o comportamento humano. Entendem que o comportamento humano é orientado por regras gerais e atalhos, os quais são previsíveis²²⁹.

Tendências e vieses de comportamento não advêm tão somente de limites da racionalidade, mas também, estão sujeitos aos limites de outros dois fatores, quais sejam, da força de vontade e do autointeresse. Neste sentido, Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler, na obra *A Behavioral Approach to Law and Economics*²³⁰, ensinam que o comportamento humano encontra-se sujeito a três fatores, são eles: (a) os limites da racionalidade: as habilidades de cognição humana não são infinitas, sendo possível perceber limitações e falhas sistemáticas em razão do uso de atalhos e regras gerais, que podem levar a conclusões errôneas e irracionais; (b) os limites da força de vontade: não raro as pessoas adotam ações que sabem ser incompatíveis com o seu interesse a longo prazo (ex. fumantes); (c) os limites do autointeresse: as pessoas possuem um senso próprio de justiça, e muitas vezes agem em benefício de outras pessoas, até mesmo estranhos, em algumas circunstâncias.

Dito isto, pode-se concluir que o ser humano real, ou seja, aquele que de fato existe e cujas ações transformam o mundo, por vezes difere do ser humano projetado pelos estudiosos, teóricos e planejadores. O mesmo ocorre no seio de um contrato administrativo, onde o contratante não pode, na definição da arquitetura do clausulado, tomar como pressuposto a existência de atores infalíveis, cujo comportamento será conduzido por informações plenas, amplas capacidades cognitivas e contínuo esforço de concentração.

Não se pode assumir a mente humana como ferramenta de capacidade ilimitada, mas sim, como instrumento falível, passível de erros. Ainda, se estes erros são sistemáticos, ou seja, se admitem certo grau de previsão, algo deve ser feito a respeito. Além de assumir a falibilidade da capacidade cognitiva do ser humano, é

²²⁸ Moscati, Ivan. *How Economists Came to Accept Expected Utility Theory: The Case of Samuelson and Savage*, p. 219.

²²⁹ Jolls, Christine; Thaler, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*, p. 1478.

²³⁰ Idem, p. 1477 ss.

importante que o contratante anteveja o problema e busque fazer com que a arquitetura do contrato se amolde às falhas que provavelmente virão a ocorrer.

4.2 Complexidade nos Contratos Administrativos

É relevante para o objeto do presente trabalho que seja esclarecida a figura dos contratos complexos. Isso porque a resposta à pergunta que se faz – se os poderes de conformação são suficientes para superar o problema informacional na execução dos contratos administrativos – depende do grau de complexidade do contrato. Quanto mais complexa a relação contratual, maior a probabilidade de que existam limites à observabilidade do contrato. Por isso mesmo, as linhas a seguir buscam elucidar quais efeitos a complexidade dos contratos administrativos gera na observabilidade de sua execução. É objetivo do presente item debruçar sobre esta potencial complexidade dos contratos administrativos, bem como as razões que podem levá-los a ter esta característica.

A fonte do risco moral ou de problemas de incentivo repousa na assimetria de informação entre os indivíduos, uma vez que ações individuais nem sempre podem ser observadas e, portanto, especificadas no contrato. Um remédio natural para o problema é investir recursos no monitoramento das ações e utilizar essas informações na gestão contrato. Em situações simples, o monitoramento completo pode ser possível, caso em que uma primeira melhor solução (implicando uma ótima partilha do risco) pode ser alcançada empregando um contrato forçado que penalize o comportamento disfuncional. Geralmente, no entanto, a observação completa das ações é impossível ou proibitivamente dispendiosa.²³¹

Os contratos administrativos não são uniformes, não apresentam as mesmas características, e por isso mesmo não ostentam o mesmo grau de complexidade. É possível que determinados contratos revelem singeleza tanto em seu clausulado, quanto no seu objeto. É o caso, por exemplo, de quando a Administração Pública contrata, em uma única prestação, a compra de produtos homogêneos. Para ilustrar, tenha-se um órgão público quando compra material de expediente, tal como papel ofício, grampos e canetas.

De outro lado, alguns contratos administrativos podem apresentar alto grau de complexidade, em maior ou menor proporção, por variados motivos. A complexidade dos contratos administrativos pode derivar de múltiplos fatores, tais como a

²³¹ Holmstrom, Bengt. *Moral hazard and observability*, p. 74.

especificidade do seu objeto, o longo prazo de duração, a incompletude do seu clausulado, a indefinição daqueles interessados pelo negócio, a imprevisibilidade das contingências possíveis, dentre outras circunstâncias.

A análise econômica do contrato é baseada na ideia de que há custos de transação para redigir contratos. Em um mundo ideal, onde não houvesse custos para pensar, planejar e escrever cláusulas que contemplassem todos os eventos futuros, as partes envolvidas na transação conseguiriam escrever um contrato abrangente que especificasse exatamente qual é cada uma de suas obrigações em todos os estados concebíveis do mundo. Sob estas condições, nunca haveria qualquer razão para que as partes modificassem ou atualizassem seu contrato, já que tudo seria antecipado e planejado com antecedência. Também nunca ocorreria qualquer disputa, uma vez que um terceiro adjudicador (por exemplo, um tribunal) poderia (sem custos) determinar se uma das partes estava violando o contrato e impor uma penalidade apropriada.²³² No mundo real, contudo, os custos de transação se fazem presentes e impedem a existência de um contrato completo. Assim, pode-se dizer que um contrato é complexo quanto mais alto forem os custos de transação na redação do seu clausulado.

Não se pretende, pelo escopo do trabalho, elencar todas as causas de complexidade contratual, ou mesmo classificar os contratos, de forma exaustiva, em graus de complexidade. Para o que se propõe, é suficiente esclarecer que cada contrato administrativo possui as suas particularidades, bem como lançar luz na idiossincrasia das relações contratuais deles decorrentes, o que faz com que uns contratos sejam mais complexos que outros. Daí, questiona-se o tratamento a ser dado aos contratos, em especial no que toca à observabilidade de sua execução.

Mesmo sem ter a intenção de esgotar o assunto, este capítulo se propõe a explorar a complexidade dos contratos administrativos nos seus aspectos mais relevantes para o tema da aquisição de informação. A análise será dividida em duas perspectivas, uma no tocante ao objeto do contrato (perspectiva material), e outra quanto ao seu clausulado (perspectiva instrumental).

Na perspectiva material, verifica-se que a complexidade dos contratos administrativos aumenta à medida que as necessidades da sociedade a cargo da Administração Pública evoluem. Quando o Estado chama para si a tutela de direitos

²³² Hart, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, p. 121-122.

sociais, direitos coletivos, direitos ao desenvolvimento ²³³, dentre outros, a complexidade das prestações a serem entregues à sociedade recrudescer, uma vez que avança sobre mercados de diferentes estruturas. Além disso, torna-se cada vez mais incerto quem são os titulares das necessidades que se busca satisfazer com o contrato, da mesma maneira que não se pode identificar de plano todos os interessados legítimos a intervir no processo de contratação²³⁴; em síntese, a relação jurídica bilateral entre decisor administrativo e destinatário complexificou-se, assumindo uma característica multilateral com o reconhecimento de destinatários reflexos²³⁵ do ato de contratação. Por fim, o aumento da complexidade também é verificado em razão do fenômeno da inovação; os investimentos em pesquisa e desenvolvimento conduzem a bens e meios de produção inéditos, os quais vão se agregando às necessidades essenciais da sociedade e, conseqüentemente, chamam atenção do Estado, que passa a ter a responsabilidade de provê-los.

Na perspectiva instrumental, é de se observar que a forma de contratar se adapta às condições de incerteza e risco; o contrato busca se amoldar às circunstâncias a fim de aplacar algumas dificuldades, sem, contudo, deixar de gerar outras. Verifica-se cada vez mais contratos de longo prazo, os quais buscam resguardar o contraente dos riscos do mercado, garantindo uma relação duradoura e segura; todavia, não elide as contingências que afetam a própria relação contratual. Ante a imprevisibilidade e a onerosidade (senão impossibilidade) de um clausulado exaustivo, recorre-se à incompletude do clausulado, relegando alguns aspectos da transação à solução negociada. Além disso, é de se reconhecer que em alguns casos o clausulado cede espaço à relação gerada pelo contrato; nos chamados contratos relacionais existe a perspectiva de que se contrata uma verdadeira relação, cujas circunstâncias e estrutura de incentivos ganham destaque em detrimento do próprio clausulado escrito, muitas vezes inservível perante o fortuito.

A despeito do grau de complexidade do contrato, cabe ao contraente público, nas transações que realiza, fiscalizar o adimplemento das prestações contratuais e o estrito cumprimento dos termos do contrato. Afinal, se a Administração Pública firma um contrato a fim de satisfazer uma necessidade coletiva, supõe-se que seja de

²³³ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 184 ss.

²³⁴ Marques, Francisco Paes. *A Efectividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*, p. 23 ss.

²³⁵ Carrilho, Gonçalo. *Procedimento Administrativo e Tutela de Interesse de Terceiros*, p. 7 ss.

interesse social o respeito a esse contrato e o cumprimento das obrigações ali assumidas. A quebra do contrato e a transgressão dos compromissos estipulados no clausulado seria, portanto, atentatório ao interesse público, pois supõe a frustração de um benefício social. O adimplemento do contrato não é uma consequência óbvia e invariável, cabendo ao contraente público zelar pela boa execução da relação contratual.

Acontece que, na missão de acautelar a boa execução do contrato, é condição indispensável que o contraente público acompanhe o seu desenrolar mediante a aquisição de informações relativas ao progresso que vem ocorrendo. Apenas munido de informações suficientes é que o poder público poderá tomar boas decisões quanto ao eventual não adimplemento das prestações contratuais. Considerando que na hipótese de terceirização (mediante contrato) da satisfação das necessidades coletivas o exercício direto da atividade é transferido a terceiro, e sendo este o detentor das informações, o contraente público carecerá de canais através dos quais possa também ter acesso a elas. Será preciso que se valha de mecanismos de informação capazes de superar o distanciamento que a contratualização lhe impôs.

Sob este prisma, é de se reconhecer que a aquisição de informações durante a execução do contrato se afigura como de grande importância, sob pena de prejudicar a capacidade de reação do contraente público ante eventual necessidade. Neste ínterim, urge a necessidade de considerar a complexidade do contrato, a qual reflete, conforme se verá, na aquisição de informações. Caso o tratamento dado aos contratos assuma como paradigma, de forma equivocada, uma transação singela²³⁶, desconsiderando a potencial complexidade dos contratos administrativos, existe risco de prejuízos à aquisição de informações, e consequentemente prejuízos à satisfação do interesse público.

4.2.1 *Perspectiva Material*

O aumento da complexidade das contratações administrativas possui relação direta com a progressiva heterogeneidade das necessidades públicas e o enredamento das formas de satisfazê-las. À medida que o Estado chama para si essas responsabilidades, ao mesmo tempo em que decide por satisfazê-las indiretamente, mediante contratação, mais alto é o grau de complexidade desses contratos que virão a ser firmados.

²³⁶ Goldberg, Victor P. *Relational Contract.*, p. 292.

No que toca à evolução das necessidades públicas, pode-se destacar três aspectos: (a) quanto à estrutura de mercado, uma vez que suas peculiaridades impõem certas formas de atuação, sob pena de inviabilidade de entrada no mercado; (b) quanto à multilateralidade do ato de contratação, relativo à dificuldade de identificação, de plano, de todos aqueles interessados, direta ou indiretamente, no negócio jurídico; e (c) quanto à inovação e tecnologia, o que traz ineditismo ao objeto dos contratos e suas possíveis contingências.

Na sequência será abordado, ainda que de forma não exaustiva, os motivos pelos quais a adoção de uma transação singela como paradigma para o tema da aquisição de informações não reflete a realidade absoluta das contratações administrativas.

4.2.1.1 Estrutura de Mercado

Ao passo que a sociedade se desenvolve e o Estado adota o papel de protagonista desse desenvolvimento, surge a necessidade de avançar sobre mercados que apresentam as mais diferentes estruturas. Desta forma, é de se esperar que as características destes mercados sejam específicas, podendo apresentar peculiaridades que demandam especial atenção. Existem mercados que, por sua estrutura, podem apresentar grande barreira de entrada a novos competidores; dado o alto grau de risco, mostram-se desinteressantes a quaisquer investidores. O caráter competitivo, por sua vez, pode revelar-se escasso, talvez inexistente. De qualquer forma, tratando-se de necessidades públicas essenciais, e chamando para si essa responsabilidade, caberá ao Estado promover o desenvolvimento nestas searas, independentemente dos obstáculos existentes.

No que tange às dificuldades impostas pelas estruturas de mercado, é de se ter em mente os setores de infraestrutura, tais como energia, abastecimento de água, esgoto, transporte e telecomunicações. Serviços dessa natureza são sempre vultosos, com capital fixo de grande durabilidade e características de imobilidade. A entrada nesses mercados demanda grandes investimentos, uma vez que existem amplas economias de escala envolvidas.

Alguns bens e serviços somente podem ser produzidos a baixo custo se forem produzidos em larga escala²³⁷. É o caso, por exemplo, do serviço de abastecimento de

²³⁷ Mankiw, Gregory. *Principles of Economics*, p. 180; Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 82-83.

água. É extremamente oneroso o custo de se abastecer de água um único imóvel, pois este único imóvel demandaria todo um sistema de captação, sistema de tratamento, rede de tubulações, dentre outras infraestruturas; todavia, uma vez feito o investimento necessário, o custo de se abastecer mais um imóvel é relativamente baixo. Grandes economias de escala demandam que o investidor persiga uma escala eficiente²³⁸, isto é, que opere dentro de uma quantidade de produção ótima com vistas a reduzir o custo total médio, sob pena de o negócio tornar-se insustentável.

Nesses cenários, a concorrência torna-se praticamente inviável. Seguindo a linha do exemplo anterior, é difícil imaginar que haja competição na prestação do serviço de água, com duas redes de abastecimento, ao mesmo tempo, passando em frente ao imóvel do usuário. Por tais razões, mercados desse tipo se estruturam de forma diferente do convencional, pois assumem características de um monopólio natural²³⁹.

As economias de escala, quando em níveis muito elevados, tais como nos setores de infraestrutura, impõem que exista apenas um ofertante do serviço no mercado, pois os custos fixos extremamente elevados apenas se justificam se a produção em larga escala levar à diminuição consistente dos custos médios. Não havendo um grande volume de produção, o monopolista simplesmente sairia do mercado. Ocorre que o monopólio natural impõe a toda a coletividade um “custo social” decorrente do poder do monopolista, o qual propicia ineficiências na economia ao permitir o aumento de preços acima de seus custos sem perder muito mercado²⁴⁰.

Não se pode olvidar, ainda, que alguns mercados apresentam como característica os denominados efeitos de rede (*network externalities*). Alguns serviços apresentam externalidades positivas de rede, as quais podem ser definidas como o aumento do valor de um bem para um determinado agente quando aumenta o número de pessoas consumindo o mesmo tipo de bem²⁴¹. As externalidades de rede estão ligadas à ideia de convenção, ou seja, a uma regularidade de comportamento conhecida e observada com a finalidade de resolver um recorrente problema de coordenação. Neste sentido, o valor de uma atividade para um indivíduo depende de

²³⁸ Idem, p. 270.

²³⁹ Nóbrega, Marcos. *Direito da Infraestrutura*, p. 26-27.

²⁴⁰ Idem, p. 26-27.

²⁴¹ Liebowitz, S. J.; Margolis, Stephen E. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 671.

quantos outros indivíduos estão engajados na mesma atividade²⁴². É o caso, para ilustrar, do serviço de telefonia; o referido serviço é tanto mais valioso quanto mais pessoas o utilizam. Caso poucas pessoas utilizassem o telefone, de diminuta valia ele seria.

Outro fenómeno que pode ser observado nos serviços de rede é a desagregação vertical do monopólio natural a fim de que haja competição e livre entrada em parte do segmento. Tal providência busca incentivar investimentos, bem como aumentar a eficiência por meio da competição. Desta forma, é de se ter uma infraestrutura essencial (rede central), a qual possui características de um monopólio natural, sobre a qual operam serviços em carácter competitivo²⁴³. Para exemplificar, tenha-se o sistema de transporte rodoviário, onde a rede de rodovias é um monopólio natural, sobre a qual operam serviços de transporte que competem entre si. Outra ilustração seria o serviço de telecomunicações, a qual opera sob uma rede fixa de antenas e cabos; de outro lado, várias empresas competem entre si para prestarem serviços de telefonia e internet. Nestes casos é de se esperar que a rede central se estruture de tal forma que estimule a concorrência e elimine barreiras de entrada no mercado.

Uma vez presente a desagregação vertical do monopólio natural, com a rede central de propriedade do monopolista sobre a qual operam serviços explorados por particulares em carácter de concorrência, é de se esperar que o serviço prestado corresponderá a um feixe de contratos, existentes em diferentes níveis. Ao invés de um contrato bilateral, ter-se-ia vários contratos interdependentes, com diversos interessados.

Serviços desta complexidade, correspondentes a um plexo de contratos de alto risco e vultosos investimentos, impulsionam a Administração Pública para que protagonize essa organização entre os fatores de produção. Não se pode esperar que um arranjo desse nível tenha origem espontânea, partindo de mercados de massa, intricados e geograficamente dispersos²⁴⁴. Os efeitos deletérios do monopólio natural somados às economias de escala e às externalidades positivas de rede tornam crucial o papel do Estado nestas atividades. Fato é que os mercados de rede podem, ao mesmo tempo, significar oportunismo de ganhos de eficiência, bem como gerar incentivos

²⁴² Warneryd, Karl., p. 675; Freire, Maria Paula Vaz. *Eficiência Económica e Restrições Verticais*, p. 520.

²⁴³ Sutherland, Douglas; et al. *Infrastructure Investment*, p. 26.

²⁴⁴ Charny, David. *Illusions of a Spontaneous Order: Norms in Contractual Relationships*, p. 1847.

para abuso do poder de mercado. É preciso diferenciar aquelas práticas que são essenciais ao funcionamento da rede daquelas que não são essenciais e ao mesmo tempo oferecem risco à concorrência²⁴⁵. O setor privado, sozinho, provavelmente não conseguiria levar em consideração todas as externalidades envolvidas²⁴⁶.

Ante as idiossincrasias da estrutura de alguns mercados, notadamente aqueles voltados à infraestrutura, alguns autores defendem a necessidade de um regime contratual próprio, mais acurado, uma vez que o modelo contratual clássico, o qual pressupõe que as partes apresentam racionalidade ilimitada e processam de forma ótima todas as informações que recebem, mostra-se inservível²⁴⁷. Isso porque não existe informação livre e plenamente inteligível pelas partes quando da adjudicação e da tomada de decisões durante a execução do contrato.

Ante o vultoso investimento e alto grau de risco, tomadas de decisão sobre projetos de infraestrutura demandam uma análise detalhada e cautelosa da situação, com especial atenção para as características do mercado²⁴⁸. Pode-se referir a esta análise minuciosa como o *Value of Money* do projeto, ou seja, o esforço de captar o benefício total do projeto a ser executado, considerando seu custo durante toda a sua vida útil; para tanto, são levados em consideração fatores tais como ponderação sobre alocação de riscos, conjunto total dos custos, planejamento integrado, estrutura de incentivos, eventuais contingências, indicadores de performance, expertise e tecnologias envolvidas²⁴⁹.

Pelas suas características, é comum que projetos de infraestrutura envolvam o poder público, seja por se tratar de investimento público direto, seja pela necessidade de subsídios ou empréstimos a serem concedidos ao investidor privado. Há um mínimo de informação que é necessário para orientar as tomadas de decisão do administrador público quanto à contratação, as quais envolvem a definição dos objetivos a serem perseguidos, a identificação de opções alternativas, bem como a forma de acompanhamento da execução do projeto. Tomadas de decisão envolvendo

²⁴⁵ Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*, posição 3610 (edição kindle).

²⁴⁶ Nóbrega, Marcos. *Direito da Infraestrutura*, livro físico, p. 55.

²⁴⁷ Idem, p. 99 ss.

²⁴⁸ OECD. *Procurement and the delivery of infrastructure projects*, in *Government at a Glance*, p. 180.

²⁴⁹ Nóbrega, Marcos. *Direito da Infraestrutura*, p. 61-62.

infraestrutura demandam uma análise custo-benefício, preferencialmente pensadas caso-a-caso.²⁵⁰

4.2.1.2 Multilateralidade da Relação Contratual

Outro fator que reflete na complexidade dos contratos administrativos diz respeito aos agentes interessados no ato de contratação. Entende-se por interessados os sujeitos, distintos do órgão tomador da decisão administrativa, a quem, em função da aquisição de um título de legitimidade procedimental, são reconhecidas determinadas garantias no âmbito de uma determinada decisão procedimental²⁵¹.

Aos interessados é possível participar do procedimento administrativo, em maior ou menor intensidade, a depender da posição que ocupam. Pode-lhes ser facultado, a exemplo, serem ouvidos em audiência pública, recorrer, ou até mesmo intervir no procedimento como terceiro interveniente e ter o direito de ser notificado de todos os atos ali desenvolvidos. A participação dos interessados pode influenciar na formação da decisão administrativa, na sua execução, bem como levar à sua revisão.

Quando investimentos de grande vulto estão sob a responsabilidade do ente público, ou mesmo quando o ente público subsidia corporações que estão responsáveis pelo investimento vultoso, sua execução deve passar por uma análise minuciosa de viabilidade e conveniência. A decisão de investir ou não depende de uma análise custo-benefício, preferencialmente levando em consideração as particularidades de cada caso. Para tanto, é importante que sejam colhidas informações suficientes que possam embasar a decisão quanto à definição dos objetivos do projeto, as opções alternativas, bem como a forma de se ater aos objetivos perseguidos²⁵².

A grande questão é que, quanto mais pessoas interessadas estiverem envolvidas, e quanto mais difícil for a identificação taxativa dessas pessoas, mais complexo se torna o processo de formação e execução de um contrato administrativo. Identificar os interessados e trazer suas aspirações para dentro do procedimento contratual, conformando todas as pretensões, é tarefa que demanda tempo e esforço. Ademais, sobram dúvidas envolvendo essa garantia de participação dos interessados,

²⁵⁰ Sutherland, Douglas; et al. *Infrastructure investment*, p. 19.

²⁵¹ Marques, Francisco Paes. *Os interessados no novo Código de Procedimento Administrativo*, p. 594.

²⁵² Sutherland, Douglas; et al. *Infrastructure investment*, p. 19.

como exemplo: (a) qual a medida qualitativa e quantitativa do âmbito da incidência subjetiva do exercício da competência administrativa? (b) em que consiste uma afetação indireta numa determinada esfera jurídica capaz de legitimar a participação de um interessado? (c) o universo de interessado deve ser definido em relação a cada decisão adotada no procedimento administrativo ou apenas em relação à decisão final?²⁵³

Em síntese, pode-se resumir a problemática em uma única pergunta: a quem interessa a firmação de um contrato administrativo? À medida que aumenta a quantidade de interessados, bem como o grau de dificuldade em identificar quem seriam estes, mais complexa se torna a relação contratual. O que se percebe é que, cada vez mais, o plexo de interessados no contrato administrativo sai do modelo bilateral e parte para uma visão do contrato como ato multilateral.

O contrato, importante ferramenta de coordenação dos interesses particulares, revela-se como verdadeiro catalisador das relações humanas, permitindo que pessoas diferentes vivam em sociedade e se desenvolvam. Afinal, é a capacidade do ser humano de cooperar com flexibilidade e em grandes grupos que o permitiu se sobressair sobre outros animais e transformar o mundo como o vemos hoje²⁵⁴. A figura jurídica do contrato exerce importante papel nesta construção da vida em sociedade, pois viabiliza o fenómeno das trocas. Dado o seu carácter de essencialidade, não é de se espantar que tenha sido um dos primeiros mecanismos jurídicos a se desenvolver, tendo recebido, até hoje, bastante atenção por parte dos juristas.

Ocorre que as sociedades de antes não são mais como as sociedades de hoje. A produção individual e em pequena escala, largamente presente nos primórdios, ofertou aos estudiosos do direito um arquétipo simples, cuja troca se operava entre duas partes interessadas. Contudo, o que se tem hodiernamente são redes de cooperação extremamente sofisticadas e eficientes. Em verdade, todas as grandes conquistas da humanidade, desde a ida à lua até a invenção da *internet*, se deram a partir da cooperação maleável de um grande grupo de diferentes pessoas, e não somente entre duas partes.

Ante a flagrante evolução das condições de vida em sociedade, transformações de paradigma sobre os contratos podem ser presenciadas tanto nas searas do Direito

²⁵³ Marques, Francisco Paes. *Os interessados no novo Código de Procedimento Administrativo*, p. 600-620.

²⁵⁴ Harari, Yuval Noah. *Sapiens*, p. 01 ss.

Público quanto do Direito Privado (sem querer, aqui, entrar no mérito da impropriedade desta classificação). Quanto a este último, a alteração de entendimento sobre os interessados no ato de contratação parte de uma noção cada vez maior de socialidade no Direito²⁵⁵. Em outras palavras, é deixada de lado uma perspectiva individualista das relações jurídicas para que seja adotada uma visão de Direito como ferramenta de solidariedade social. Não por menos fala-se, hoje em dia, em função social do contrato²⁵⁶. O reconhecimento das externalidades presentes numa relação contratual, a qual esbarra muitas vezes em terceiros alheios aos termos do clausulado, permitiu o desenvolvimento de uma teoria que confere atributo de interessado a pessoas estranhas à formação do consenso do contrato.

No que toca ao Direito Público também se presencia alterações de paradigmas no sentido de abarcar terceiros no rol de interessados. Conforme preconiza o Professor Paulo Otero, é ultrapassada a visão tradicional que encerra as decisões administrativas individuais no âmbito de uma relação bilateral entre o decisor e o destinatário imediato. Ensina o Professor que:

“a mencionada relação jurídica bilateral ou bipolar complexificou-se, assistindo-se a uma progressiva conflitualidade ou colisão entre diferentes interesses privados e a uma crescente produção de efeitos decisórios face a “terceiros” que, não sendo os destinatários típicos ou diretos das decisões dentro do quadro bipolar, pois são alheios à referida bilateralidade, sofrem os reflexos de tais efeitos na sua esfera jurídica – fala-se aqui em relações jurídicas multipolares ou poligonais.”²⁵⁷

Na mesma linha, Sabino Cassese ensina que as relações bipolares estão se tornando exceção; em regra, o que se verifica são pessoas cooperando em rede, com vínculos multipolares, formando um verdadeiro emaranhado de regras, atores e procedimentos. Por isso mesmo, não se pode entender as agências administrativas como simples máquinas executoras de comando e controle. Ao contrário, é de se reconhecer a existência de relações multilaterais entre uma pluralidade de agências

²⁵⁵ Martins-Costa, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, p. 1 ss.

²⁵⁶ Tomasevicius Filho, Eduardo. *A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação*, p. 1 ss.

²⁵⁷ Carrilho, Gonçalo. *Procedimento Administrativo e Tutela de Interesse de Terceiros*, p. 7-8.

públicas autônomas, as quais interagem com uma variedade de interesses públicos, coletivos e privados, os quais muitas vezes conflitam entre si²⁵⁸.

Em resumo, há de se reconhecer a complexidade das relações jurídicas procedimentais, em especial aquelas das quais derivam os contratos administrativos; o modelo dual raramente se adapta à realidade, dando espaço à noção de concertação em rede. No mais, quanto maior o espectro de interessados, mais complexa a atividade da Administração Pública em proceder e executar a contratação.

4.2.1.3 Objeto do Contrato

Tratando-se de contratos complexos e os impactos dessa complexidade na aquisição de informações, por óbvio que o objeto do contrato é fator relevante para o assunto. Quanto maior a complexidade do objeto do contrato, maior a dificuldade para se adquirir informações referentes à adequada execução da relação contratual.

O objeto do contrato é aquilo que se transaciona, é a contraprestação ao pagamento, a prestação que será entregue pelo contratado. Cumprida a prestação, tem-se o contrato como adimplido. Ocorre que, na hipótese de a prestação ser por demais complexa a ponto de embaraçar a verificação de seu fiel cumprimento, é possível que algumas dificuldades surjam durante a fiscalização do contrato.

A prestação a ser adimplida pelo contratado pode ser simples e facilmente observável, ocasião em que, de forma quase instantânea, é possível aferir o adequado adimplemento. É o caso, por exemplo, de quando a Administração Pública compra frutas e legumes para a elaboração de merenda escolar aos alunos de escolas públicas. No momento em que as caixas contendo frutas e legumes são entregues pelo contratado na central de merenda escolar, basta que seja aferida a quantidade de caixas ou o peso destas, o tipo do alimento, bem como o prazo de entrega. O fiscal do contrato, mesmo sem nenhum conhecimento técnico específico, pode já no ato da entrega atestar que a prestação fora adimplida.

De outro lado, é possível que a prestação do contrato não seja tão simples a ponto de ser prontamente verificável o seu adimplemento. Ao invés de frutas e legumes, imagine-se a entrega de uma obra de engenharia, tal como a construção de uma escola. Quando se contrata a construção de uma escola, é de se esperar que o termo de referência desta contratação especifique vários detalhes da obra. Afinal, há um leque de opções envolvendo vários aspectos da construção, sendo que o

²⁵⁸ Cassesse, Sabino. *Towards multipolar administrative law*, p. 354.

contraente público deverá, no ato de contratação, estabelecer aquilo que deseja comprar. Posteriormente, caberá ao fiscal do contrato verificar se, durante a obra, todos estes aspectos foram devidamente cumpridos. Detalhes envolvendo obras vão desde a qualidade da mistura do cimento até a bitola do ferro utilizado nas fundações; do tipo de material das torneiras do banheiro até o grau de resistência do piso. Por isso mesmo, é provável que o fiscal do contrato (a) não conseguirá aferir o fiel adimplemento do contrato apenas no momento de entrega da obra; e (b) dependerá de conhecimentos técnicos para que possa aferir algumas especificidades do contrato.

No caso do contrato cujo objeto é a construção de uma escola, é preciso que haja um calendário de fiscalização da obra, a fim de que o fiscal possa acompanhar as etapas mais importantes da construção. Afinal de contas, não é conveniente verificar a bitola do ferro utilizado na fundação após a conclusão da obra; até é possível, contudo, excessivamente oneroso. Ademais, é provável que o ato de fiscalizar uma obra demande do fiscal um mínimo de conhecimento envolvendo construções. Caso contrário, seriam grandes as chances de o próprio termo de referência que integra o contrato não ser bem compreendido pelo fiscal, além do que a verificação de seu cumprimento em campo restar comprometida.

Quanto mais exigência técnica específica demanda o objeto do contrato, maior pode ser considerado o seu grau de complexidade para fins de aquisição de informação. Encontra-se em situação de vulnerabilidade aquele que compra um produto ou serviço cujas técnicas de fabricação e características são de conhecimento exclusivo do fornecedor. Ainda, o cenário encontra-se agravado quando a tecnicidade não é de domínio de muitos, mas sim, concentrada por uns poucos. É o que se verifica em searas onde há constante inovação, notadamente em decorrência de investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Não raro são formados monopólios naturais, os quais são caracterizados por bens exclusivos, com pouca ou nenhuma rivalidade. Além do mais, não se pode esquecer os direitos de propriedade intelectual e a proteção ao segredo industrial, os quais também tem o condão de restringir o domínio da técnica.

Importante ressaltar que, em maior ou menor medida, sempre haverá certo grau de vulnerabilidade daquele que consome um bem ou serviço em relação ao seu fornecedor. Trata-se de relação em constante desequilíbrio, pois há clara vantagem daquele que participa do processo de produção. Afinal, é o reconhecimento desta vulnerabilidade que justifica a existência do Direito do Consumidor, a exemplo do

Brasil²⁵⁹. Entretanto, para fins do presente trabalho, não se considera como complexo todo aquele contrato onde haja vulnerabilidade análoga à relação de consumo. No que tange à aquisição de informação durante a execução do contrato, afasta-se a noção de complexidade se o objeto permite a observabilidade do seu cumprimento de forma instantânea e a baixo custo.

Inclusive, existem alguns fatores que não afastam a vulnerabilidade do consumidor, mas para este trabalho, considera-se afastada a complexidade do objeto do contrato. Trata-se, por exemplo, da existência de marca reconhecida. Em que pese a eventual alta especificidade técnica do objeto, a marca é elemento acautelador da qualidade do produto. Em suma, a marca imbui confiança, tendo como papel facilitar escolhas, simplificar tomadas de decisão, assegurar qualidade e redução de riscos²⁶⁰. Marcas consolidadas no mercado atestam que seus produtos seguirão determinado padrão.

Neste sentido, ainda que um veículo ou um computador sejam produtos de alta especificidade técnica, com sofisticada tecnologia envolvida, a fiscalização de um contrato em que a Administração Pública compra veículos ou computadores de uma determinada marca e com configuração específica pode ser relativamente simples. Tratando-se de marca consagrada no mercado, toda a especificação técnica do produto, por mais complexa que seja, pode ser facilmente aferida com simples verificação das informações prestadas pelo fabricante.

Para ilustrar, tenha-se a compra pela Administração Pública de um frota de dez veículos Gol, marca Volkswagen, motor 1.0, Ano-Modelo 2020. Executada a prestação, basta que o fiscal do contrato confira (a) a quantidade de veículos entregues; (b) a autenticidade da marca; (c) a especificação do produto constante no manual do fabricante.

Além da marca, outras certificações podem sinalizar a existência de padrão de qualidade. É o caso, por exemplo, das agências certificadoras. Quando a qualidade de um produto não é diretamente observável, é possível que existam agências que se prestem ao serviço de conferir a estes produtos selos de qualidade. Trata-se da certificação por um terceiro de que determinado fornecedor satisfaz padrões de

²⁵⁹ Miragem, Bruno. *Direito do Consumidor*, p. 61 ss; Rios, Josué. *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*, p. 8 ss; Slater, Don. *Cultura do Consumo & Modernidade*, p. 17 ss.

²⁶⁰ Kathman, Jerry. *Brand Identity Development in the New Economy*, p. 25.

qualidade de produção, o que permite a disseminação desta informação para potenciais compradores no mercado²⁶¹.

É o caso, por exemplo, da certificação de produtos orgânicos no Brasil²⁶². Considera-se orgânico aquele produto sem agrotóxico e sem modificações genéticas, bastante procurado pelo consumidor que preza por uma vida mais saudável. Ocorre que, no ato de compra de um quilo de laranjas, não é facilmente observável se o cultivo daquela laranja dependeu de agrotóxicos ou modificações genéticas. Para tanto, instituiu-se no Brasil o selo de Certificação Orgânica, que pode ser emitido por agências credenciadas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), órgão do Governo Federal. Estas agências certificadoras, por sua vez, possuem métodos rigorosos para a emissão do selo, inclusive com acompanhamento e auditoria da cadeia de produção agrícola.

Nesta linha de raciocínio, é facultado à Administração Pública especificar no seu termo de referência que o produto que pretende comprar tenha o selo de Certificação Orgânica. Tal exigência dispensa que o comprador acompanhe todo o processo de produção para certificar-se de que o produto agrícola é orgânico, transferindo este custo para a agência certificadora. Vale destacar que a exigência de certificações em uma compra pública não pode ser desmesurada, sem qualquer fundamento. Isso porque muitas vezes o agente público ímprobo que pretende direcionar determinada compra e eliminar a competição do certame utiliza-se da exigência injustificada de certificações como maneira de elidir potenciais fornecedores.

É de se destacar que até este momento partiu-se do pressuposto de que o objeto do contrato seja homogêneo. Contudo, no que tange à aquisição de informações quanto à execução do contrato, há uma escalada da situação em se tratando de objeto heterogêneo. E não é raro que isso aconteça. Em verdade, nada poderia ser tão diversificado quanto as transações no mundo real²⁶³, notadamente no campo dos serviços. De um lado, a obrigação de entrega de um produto de marca reconhecida, por mais inovador e tecnológico que seja o bem, pode ter o seu adimplemento facilmente observável no ato da transferência. Todavia, tratando-se de serviço, ainda

²⁶¹ Bate, Roger; et al. *In Whom We Trust: The Role of Certification*, p. 3 ss.

²⁶² Disponível em <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/organicos/regularizacao-da-producao>, link acessado em 03/09/2019.

²⁶³ Coase, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito*, p. 45.

que consagrado por marca reconhecida, provavelmente demandará maior dificuldade atestar o adimplemento da obrigação.

Em síntese, no que toca à aquisição de informações quanto à execução do contrato, pode-se concluir que o objeto pactuado é capaz de influir na maior ou menor dificuldade deste processo. Não só pela sua natureza estrutural (inovações tecnológicas, alta especificidade técnica, produto homogêneo), como também pelas suas circunstâncias (marca reconhecida, selo certificador). Não se pretendeu esgotar todas as hipóteses que implicam maior ou menor dificuldade na aquisição de informações, mas sim, demonstrar que alguns contratos podem ser mais complexos que outros, a depender do conteúdo das prestações pactuadas.

4.2.2 *Perspectiva Formal*

Os contratos são instrumentos que visam satisfazer necessidades, sendo que, no caso de contratos administrativos, supõe-se que a necessidade que ali se busca atender seja de interesse público. Conforme visto acima, pode-se inferir duas conclusões: (a) a necessidade que se busca solver com o contrato pode ser mais ou menos complexa, a depender da estrutura do mercado em que está inserida, da pluralidade de interessados, bem como da natureza da prestação em si considerada; (b) o grau de complexidade da necessidade pública impacta a aquisição de informações durante a execução do contrato, sendo que esta pode se revelar cada vez mais difícil quanto maior for aquele.

Em síntese, pode-se dizer que a complexidade da necessidade pública que se busca satisfazer com o contrato interfere na aquisição de informações durante a execução deste. Contudo, a necessidade pública não é o único fator relevante. Também possui ingerência na aquisição de informações a forma como é feito o contrato. Em outras palavras, a complexidade do contrato advém não apenas do seu objeto, mas também da sua forma. Existem contratos mais ou menos complexos a depender da formatação que lhes foi dada.

Neste sentido, se buscará, nas próximas linhas, elencar algumas características que, uma vez presentes nos contratos administrativos, tendem a torná-lo mais complexo. As características a serem destacadas são: (a) contratos de longo prazo; (b) contratos incompletos; (c) contratos relacionais; (d) contratos que buscam quantificar e distribuir riscos.

Antes de prosseguir, é importante que sejam feitas três ressalvas. A um, as características elencadas não são os únicos fatores que tornam um contrato complexo no que tange à sua forma, mas sim, merecem destaque pela sua importância no que tange à informação, sem a pretensão de estabelecer um rol exaustivo. A dois, não se quer dizer que tais características estão presentes apenas em contratos complexos, enquanto nos contratos simples não são verificadas; em verdade, tais características são reveladas em quase todos os contratos, sendo que naqueles complexos estão presentes em maior grau, enquanto nos contratos simples apresentam-se em intensidade inferior. A três, as características elencadas não se excluem, mas sim, são interdependentes e se retroalimentam (por exemplo, quanto mais longo o prazo do contrato, mais incompleto tende a ser).

Passa-se, pois, à análise das características de forma que impingem complexidade na relação contratual, notadamente quanto à aquisição de informações.

4.2.2.1 Contratos de Longo Prazo

A contratação de longo prazo é uma opção, dentre outras, para que o contraente satisfaça as suas necessidades. No que diz respeito à aquisição de informação e às opções quanto a forma de contratação, a dimensão temporal dos contratos administrativos reclama caráter essencial²⁶⁴. O decurso do tempo assume grande relevo no seio do contrato, pois determina uma série de incentivos que condicionarão o comportamento das partes.

Para melhor entendimento da estrutura de incentivos que circunda os contratos de longo prazo, suas conveniências e suas perniciosidades, vale recorrer à lição de Ronald H. Coase na obra *A Natureza da Firma*. Para o autor, o contrato de longo prazo é visto como uma forma de organização dos fatores de produção; ao lado, podem ser colocadas outras duas formas de organização, quais sejam, a firma e o mecanismo de preços²⁶⁵.

No caso da firma, trata-se da situação do produtor que, carente de um determinado recurso, integraliza o fator de produção deste recurso. Em outras palavras, a coordenação dos fatores de produção fica a cargo do empresário-coordenador, que passa a ter sob sua égide a execução das tarefas. Neste caso, tem-se o empresário-coordenador como gestor direto das tarefas e, por isso mesmo, com o

²⁶⁴ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 537-538.

²⁶⁵ Coase, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito*, p. 34 ss.

domínio das informações referentes à sua execução. Assim, no que tange à observabilidade, tem-se um cenário de aquisição direta de informações.

A coordenação das tarefas pelo empresário-coordenador de uma firma, por sua vez, possui um custo. Afinal, se não existissem desvantagens na integralização dos fatores de produção, toda a cadeia seria realizada por meio de uma única grande firma. Mas não é o caso. O aumento no tamanho da firma pode implicar os seguintes prejuízos: (a) elevação do custo de organizar transações adicionais no âmbito da firma (naturalmente, o custo de organizar uma transação extra no âmbito da firma não pode extrapolar o custo de transacionar no mercado aberto); (b) incapacidade de alocar os fatores de produção nos usos onde seu valor é maior, gerando desperdício de recursos; (c) variação do preço de oferta de fatores de produção para firmas de tamanhos variados²⁶⁶.

Caso o custo seja muito alto e o empresário fracasse na missão de produzir o recurso desejado, é sempre possível recorrer ao mercado aberto e fazer a aquisição do recurso mediante pagamento de um preço. Assim, uma segunda opção seria transacionar no livre mercado mediante o mecanismo de preços. Neste caso a coordenação da execução das tarefas inerentes ao fator de produção não ficaria a cargo do agente que adquire o recurso, sendo o trabalho transferido ao fornecedor. Caberia ao adquirente, tão somente, pagar pelo preço do produto. Ocorre que o preço do produto não é o único custo do adquirente. Há de serem reconhecidos custos de outras ordens, quais sejam: (a) o custo de descobrir quais são os preços relevantes no mercado; e (b) os custos de negociar e celebrar um contrato individual para cada transação de troca que ocorre em um mercado²⁶⁷.

Questão nevrálgica quanto à solução do mecanismo de preços é o fato de estar condicionado às dinâmicas do mercado. De um lado, o mercado impinge eficiência aos fatores de produção, sendo que, por meio da livre concorrência, tende a alocar recursos de melhor forma, elidir os inaptos e estimular o desenvolvimento. Ainda, no caso de transações sucessivas, o mercado funciona como mecanismo de garantia, uma vez que a expectativa de novas trocas condiciona o comportamento do fornecedor. Contudo, a performance do livre mercado nem sempre é aprazível ao adquirente, em especial quando necessita recorrer a trocas de forma constante e ordenada. Quando isso ocorre, resta ao agente recorrer aos contratos de longo prazo.

²⁶⁶ Idem, p. 43-47.

²⁶⁷ Ibidem, p. 39.

Tenha-se em mente a realização de uma grande obra, tal como a construção de um porto marítimo. Obras desta envergadura demandam uma previsão de custo, e por isso mesmo carecem de planeamento, bem como possuem etapas bem definidas. O atraso ou paralisação da obra, por sua vez, possui alto custo, pois é caro manter os trabalhadores em campo, e o seu deslocamento é inviável. Ainda, alguns recursos serão indispensáveis durante toda a obra, tais como cimento, por exemplo. Agora, tenha-se a hipótese de que, em um determinado momento, por força de oscilações do mercado, a oferta de cimento diminua bruscamente. A existência de custos afundados dá azo a oportunismos por parte do fornecedor, o qual poderá explorar a situação. A diminuição da oferta pode elevar os preços dos recursos, frustrando o planeamento antes realizado. Caso outro agente pague mais pelo recurso, é possível que este insumo falte ao construtor, não permitindo a continuação da obra.

A princípio, os contratos de longo prazo afiguram-se como solução para o problema do oportunismo. A fim de evitar alta repentina dos preços, bem como para elidir a situação de refém, é possível que seja firmado contrato que contemple várias trocas sucessivamente, por um longo período. Quando o mecanismo do mercado e a ameaça de cessação de trocas futuras não é suficiente para condicionar o comportamento do fornecedor, entra em cena o contrato de longo prazo, o qual permite garantias com base na força legítima²⁶⁸. Não obstante, em que pese a possível solução de problemas ligados ao oportunismo, o contrato de longo prazo também demanda alguns dispêndios.

O contrato de longo prazo é uma solução onerosa, pois implica custos das seguintes ordens: (a) custo de se especificar as possíveis contingências que possam ocorrer no decurso da execução do contrato, com a respectiva previsão dos efeitos contratuais em razão de cada contingência; (b) custos de policiamento e litigância relativos à detecção de violações e execução do cumprimento do clausulado contratual²⁶⁹.

Caso um contrato seja celebrado por um período mais longo ao invés de vários contratos por períodos mais curtos, determinados custos de celebração de cada um dos contratos seriam evitados²⁷⁰. Todavia, quanto mais longo o prazo do contrato para o

²⁶⁸ Klein, Benjamin; et al. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, p. 303.

²⁶⁹ Idem, p. 303.

²⁷⁰ Coase, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito*, p. 40.

fornecimento da mercadoria ou do serviço, mais difícil é especificar no contrato o que se espera que a outra parte do contrato faça, pois as possibilidades de ação são muito variadas.

Conforme ensinamentos do professor Fernando Araújo, o alongamento do tempo das relações contratuais gera impasses dinâmicos. Em outras palavras, surgem problemas de inconsistência entre os momentos *ex ante* (momento da contratação) e *ex post* (momento da execução)²⁷¹. A dilação temporal pode fazer com que os incentivos e circunstâncias existentes quando da adjudicação do contrato não sejam os mesmos quando da execução das prestações contratuais. Ademais, é possível que esta alteração sequer tenha sido prevista pelos contraentes. Esta tensão entre os dois momentos é o que confere relevância superlativa aos contratos de longo prazo.

O tempo nas relações contratuais possui estrita relação com a figura da alteração das circunstâncias²⁷². Quanto mais longa for a duração do contrato, mais ele está sujeito a contingências supervenientes, as quais podem ser previstas, imprevisas ou imprevisíveis. Em outras palavras, não é certo que todas as eventualidades que vierem a ocorrer estejam disciplinadas no clausulado contratual, o que pode implicar modificação do que foi inicialmente pactuado.

Assim, quanto mais longo o contrato, mais estará sujeito a eventualidades, e por via de consequência, maior será o custo de se prever no clausulado o regime de todas as contingências que possam vir a ocorrer. De outro lado, ante o reconhecimento da incompletude dos contratos – em maior ou menor medida – e a inevitabilidade das circunstâncias imprevisas, não raro faz-se presente a necessidade de renegociação; caso os envolvidos não consigam repactuar, existe o risco de derrocada da relação contratual.

No que se refere aos custos do contrato de longo prazo, a saber, custo de especificar as possíveis contingências, bem como o custo de aplicação do clausulado, não diz respeito apenas à execução do objeto do contrato, mas também à aquisição de informações durante a execução contratual. Em outras palavras, os mecanismos de aquisição de informações a estarem previstos no clausulado podem sofrer as intempéries de contingências imprevisas. Ademais, o cumprimento das obrigações relativas à aquisição de informação também carece de fiscalização por parte do contraente, sob pena de descumprimento por parte do contratado.

²⁷¹ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 661.

²⁷² Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 538.

Assim, é de se reconhecer que os contratos de longa duração impõem uma permanente atualização e adaptação às exigências de sua boa execução²⁷³. Há um dever recíproco de boa gestão das vicissitudes e riscos do contrato durante o seu desenrolar, uma vez que, sem capacidade de adaptação, é alta a possibilidade de derrocada do contrato antes do inicialmente previsto.

4.2.2.2 Incompletude Contratual

Outro fator que deve ser levado em consideração quando se trata do grau de complexidade dos contratos diz respeito à incompletude contratual. As cláusulas previstas nos contratos não conseguem abranger, na totalidade, as aleatoriedades do mundo real. Contrato completo, para a teoria econômica, seria aquele capaz de antecipar e especificar todos os direitos e obrigações de ambas as partes, sob todos os possíveis cenários do mundo real; por isso mesmo, contratos completos não existem²⁷⁴.

Em verdade, o clausulado dos contratos frequentemente possui redação precária, é ambíguo, e não contempla questões relevantes. Em síntese, são incompletos. É ingênuo crer que os contratos sejam compostos de regras plenas capazes de condicionar a realidade com tal maestria que o comportamento dos envolvidos se assemelhe a um jogo de encaixe, em que as peças vão encontrando o seu espaço exato e se engastando de maneira a formar uma figura sólida perfeita.

Ao contrário, tal como ensina Licínio Lopes Martins, nos contratos do mundo real “há um conjunto de áleas que não são susceptíveis de ser antecipadas e nem dominadas”²⁷⁵, especialmente nos contratos de longa duração e nos contratos de construção. Ainda, no sentido do que leciona Fernando Araújo, a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão de todos os seus aspectos, notadamente: (a) descrição mais exaustiva do objeto do contrato; (b) enumeração das contingências que podem interferir na relação contratual; (c) definição dos “*standards*” de cumprimento, de incumprimento e de cumprimento defeituoso; e (d) quadro preventivo ou sancionatório²⁷⁶.

Todos os contratos, sem exceção, estão sujeitos à incompletude, em maior ou menor medida. Afinal, ainda na lição de Fernando Araújo, “por mais completo e

²⁷³ Idem, p. 701-702.

²⁷⁴ Baird, Douglas G. *Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts*, p. 591-592.

²⁷⁵ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 531-532.

²⁷⁶ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 148.

minucioso que seja o clausulado, o cumprimento das obrigações contratuais está sempre, em última instância, sujeito a uma avaliação subjectiva e falível de parte a parte, gerando-se um potencial conflito de interpretações”²⁷⁷. Os ineditismos e subjetivismos do mundo real são por demais dinâmicos e variáveis, não sendo possível que sejam todos apreendidos e previstos no clausulado contratual.

Segundo Oliver Hart²⁷⁸, a incompletude dos contratos pode ser compreendida à luz da teoria dos custos de transação. Na lição do autor, os contratos não conseguem ser abrangentes o suficiente, sendo que revisão e negociação são uma constante na relação contratual. As razões para tanto teriam três alicerces: (a) em um mundo complexo e imprevisível, é difícil que a capacidade de planejamento das pessoas alcance todas as contingências que possam surgir; (b) ainda que cada interessado possa idealizar o seu planejamento individual, é difícil que os contraentes consigam negociar estes diferentes planos em uma redação única do clausulado contratual, uma vez que é necessário chegar a uma linguagem comum para descrever os diferentes estados e ações do mundo, a qual é diretamente afetada pelas experiências prévias de cada um; (c) ainda que as partes consigam planejar e negociar sobre o futuro de forma abrangente, é difícil que consigam escrever os seus planos de forma que, na eventualidade de uma disputa, uma autoridade fora da relação contratual (ex.: juiz ou tribunal) possa compreender o exato significado desses planos e forçar o seu fiel cumprimento.

Uma vez reconhecida a incompletude dos contratos, é de se perguntar: quais as implicações econômicas do contrato incompleto? À medida em que o futuro revela as suas nuances, eventualmente as partes terão de preencher as lacunas do clausulado contratual. Neste caso, cabe questionar: quem tem o direito de decidir sobre os pontos omissos do contrato? Para Oliver Hart²⁷⁹ – laureado em 2016 com o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas por sua contribuição a esse problema – o poder de tomada de decisão sob os pontos omissos do contrato pode ser denominado de direito residual de controle, ou *residual rights of control*. Para o autor, o direito residual de controle é daquele que detém a propriedade do fator de produção. Aquele que detém a propriedade sobre um recurso tem o poder de decidir sobre como este recurso será

²⁷⁷ Idem, p. 173.

²⁷⁸ Hart, Oliver. *Firms, Contracts, and Financial Structure*, p. 23.

²⁷⁹ Grossman, Sanfor J.; Hart, Oliver D. *The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration*, p. 691-719.

utilizado, desde que esta forma de utilização não esteja expressamente detalhada no contrato²⁸⁰.

Não obstante, havendo interesse mútuo das partes, a incompletude do contrato permite renegociação. A grande questão é que negociação é um processo que envolve custos. Inicialmente, é consumido grande tempo e esforço das partes nas tratativas acerca dos novos termos do contrato. Ainda, pode existir uma assimetria informacional entre os envolvidos, fazendo com que o resultado da negociação fique longe do eficiente²⁸¹. Não se olvide, neste cenário, os problemas envolvendo oportunismo e risco moral.

De outro lado, é falsa a premissa de que o contrato sempre será tanto melhor quanto mais completo for. Ainda que a incompletude do contrato possa implicar desvantagens, a tentativa de tornar o contrato o mais completo possível também pode revelar agruras. Não se trata, pois, de um jogo de tudo ou nada. O contrato minucioso, que busca detalhar todas as contingências possíveis, pode-se revelar pernicioso pelos seguintes motivos, dentre outros: (a) alto custo de detalhar antecipadamente todas as especificações do projeto; (b) inflexibilidade da relação entre as partes; (c) risco de *hold up* contratual; (d) aumento do custo de renegociação.²⁸²

Contratos não são precisos, não são documentos perfeitos e mecanicamente exequíveis. Ao contrário, são ferramentas extremamente imperfeitas que buscam controlar oportunismos²⁸³. Deste modo, o contrato eficiente não possui receita simples. Não basta prescrever que seja o mais completo possível, ou o mais incompleto possível. A tensão ótima não se encontra nas extremidades, mas em algum ponto intermediário, para mais ou para menos, a depender das circunstâncias do caso concreto. Quando o contrato tende para a completude ou para a incompletude, independentemente de para que lado propenda, criam-se alguns incentivos e eliminam-se outros. A estrutura ideal de incentivos, por sua vez, depende de uma série de fatores que somente podem ser verificados na situação em concreto.

Posto isto, pode-se dizer que o inacabamento contratual não é, necessariamente, uma imperfeição do clausulado. Com efeito, por vezes o

²⁸⁰ Hart, Oliver. *Incomplete Contracts and Control*, p. 1732.

²⁸¹ Idem. *Firms, Contracts, and Financial Structure*, p. 25.

²⁸² Corts, Kenneth S.; Singh, Jasjit. *The Effect of Repeated Interaction on Contract Choice: Evidence from Offshore Drillings*, p. 230-231.

²⁸³ Crocker, Keith J.; Masten, Scott E. *Pretia ex Machina? Prices and Process in Long-Term Contracts*, p. 69.

inacabamento é voluntário. Nestes casos, conforme lição de Fernando Araújo²⁸⁴, “o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas”; em sendo assim, “o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo”. Pode-se afirmar, portanto, que o acabamento contratual ótimo se distingue do acabamento total.

4.2.2.3 Contratos Relacionais

Para elucidar o grau de complexidade dos contratos, também se faz necessário perpassar pelos chamados contratos relacionais. Os contratos relacionais seriam aqueles que envolvem não somente uma troca, mas também, implicam uma relação (entre os contraentes) que é criada ou estimulada a partir do contrato²⁸⁵. São antagónicos ao que se pode denominar contratos discretos (*discrete contract*), isto é, aqueles que demandam tão somente uma troca, não requerendo uma relação significativa entre as partes.

A noção de contrato como o assentamento de uma relação coaduna com a observação de Licínio Lopes Martins no sentido de que não se pode reduzir o contrato a uma mera equação financeira²⁸⁶, não sendo possível que as obrigações das partes sejam analisadas sob o prisma de um algoritmo de computador²⁸⁷. O ensinamento do autor é uma crítica à visão simplista do mundo real, a qual acredita que regras escritas podem detalhar, organizar e determinar todos os acontecimentos possíveis, de forma a afastar qualquer aleatoriedade ou surpresa. É preciso reconhecer, portanto, que o ineditismo da vida é capaz de vencer a velocidade com a qual um computador processa informações, não sendo possível que este antecipe todos os passos daquela.

Ocasionalmente, o contrato é tão claro e a lei tão óbvia que a aplicação do clausulado aparenta ser automática. Contudo, frequentemente o contrato e a lei são vagos e imprecisos, e as obrigações das partes são ambíguas, o que permite ampla janela para o oportunismo. Não raro esta imprecisão é intencional, por se mostrar

²⁸⁴ Araújo, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 151.

²⁸⁵ Eisenberg, Melvin Aron. *Contracts and Relationships*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, vol. 1, p. 446.

²⁸⁶ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 725-726.

²⁸⁷ Idem, p. 728-729.

eficiente. Nestes casos, as obrigações das partes são abstratas, sendo que geralmente se recorre a conceitos indeterminados, tais como a “boa-fé”²⁸⁸.

No mesmo sentido é a lição de Fernando Araújo, o qual ensina que não se deve sacralizar o contrato, como se fosse ele o fator determinante, completo e imutável do comportamento humano. Ao contrário, o contrato é um mero facilitador de interesses²⁸⁹. O verbo que melhor se adequaria à função do contrato no seio das relações sociais seria propiciar, e não determinar. Isso porque o contrato está sujeito a retificações da sua forma e nos resultados a que conduz, e é bom que assim permaneça durante toda a sua vida útil. Afinal, constitui-se uma ferramenta, e não um fim em si mesmo.

É inverídico que todo contrato seja tanto melhor quanto mais complexo, detalhado e formal for o seu clausulado. Existem fatores de risco, incertezas e assimetrias informacionais que preconizam o inacabamento das estipulações²⁹⁰. É dizer que, por vezes, o contrato será tão melhor quanto menos a pretensão de esgotar todas as contingências do mundo real. Ante a impossibilidade de se antecipar o exato desdobramento contratual que o futuro trará, é interessante que o contrato permita às partes que, à medida que o tempo revele novos acontecimentos, ambos os contratantes possam, juntos, determinar os seus próximos passos.

Ressalte-se que a incerteza não diz respeito apenas às contingências que se revelam como fatores imprevistos e obstrutivos da execução contratual. O próprio produto do contrato também pode estar envolto em incertezas. O objeto do contrato, razão última da sua existência, nem sempre é certo e determinado. É o caso, por exemplo, do contratante que busca um artista plástico renomado para que pinte um quadro de sua família. O resultado do contrato seria algo inédito, impossível de ser antecipado.

Em casos tais como este, onde se verifica incertezas, riscos, e assimetria informacional, é importante que as partes estejam dispostas a conversar constantemente, enquanto a execução do contrato se desenrola. Não se espera que as obrigações contratuais estejam exaustivamente descritas no clausulado; diversamente, permite-se que as partes troquem ideias e impressões durante toda a execução

²⁸⁸ Crocker, Keith J.; Masten, Scott E. *Pretia ex Machina? Prices and Process in Long-Term Contracts*, p. 95.

²⁸⁹ Araújo, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 35.

²⁹⁰ Idem, p. 196.

contratual, e aos poucos caminham no sentido da satisfação do interesse de ambas. O clausulado contratual afasta-se um pouco do protagonismo que lhe é inerente, e dá espaço a outras circunstâncias que se mostram de maior relevo. Nos contratos relacionais, mais importante do que as regras reduzidas a termo é a construção de um ambiente propício ao diálogo, que facilite a comunicação entre as partes e permita a célere resolução de conflitos que eventualmente vierem a existir. O contrato, por sua vez, deixa de ser um roteiro engessado, passando a figurar como mero facilitador.

Os contratos relacionais referem-se justamente a estas hipóteses em que a manutenção de uma boa relação entre as partes afigura-se como sendo mais importante do que os estritos termos do clausulado. Dizer que os termos do clausulado perderam importância significa uma verdadeira guinada na visão tradicional; por isso mesmo, surge a necessidade de uma nova teoria que venha a responder aos seguintes questionamentos: se as normas previstas no termo contratual perderam relevância, quais são as normas que realmente importam? Estas novas normas podem ser efetivamente implementadas por força de uma obrigação legal? Como se daria esta implementação?

Ante o novo cenário, estudiosos do tema passaram a destacar novos elementos de interesse. A exemplo, Richard Craswell sustenta que os contratos relacionais são regidos por regras de reciprocidade, integridade, solidariedade, planejamento e flexibilidade, além de confiança e cooperação²⁹¹. Deste modo, percebe-se que a teoria dos contratos relacionais surge com a finalidade de construir orientações que irão preencher e sustentar a vagueza e imprecisão inerente a um grupo específico de contratos. Contratos estes que, para além da troca que é operada, fazem surgir uma verdadeira relação entre os contratantes, mais intensa do que se averigua normalmente.

Entretanto, apesar de todo o esforço até então realizado, não se localiza na literatura referente aos contratos relacionais um conceito exaustivo que consiga delinear adequadamente os contratos relacionais daqueles não-relacionais. Em outras palavras, não existe uma definição legal que diferencie dois grupos de contratos distintos a fim de que aqueles considerados relacionais possam ser regidos por um conjunto de normas diferente e específico²⁹².

²⁹¹ Craswell, Richard. *The Relational Move*, p. 99.

²⁹² Eisenberg, Melvin Aron. *Contracts and Relationships*, in *Palgrave Dictionary of Law and Economics*, p. 445.

De outro lado, existem alguns fatores que insinuam a existência de um contrato relacional, embora não possam ser utilizados como critério definitivo. É o caso, por exemplo, dos contratos de longo prazo. Um clausulado padrão de determinado contrato pode ser suficiente no caso de uma troca instantânea entre duas pessoas, ainda que as partes não se conheçam. Porém, este mesmo clausulado pode não conseguir alinhar os interesses das partes até o final da execução se o contrato for de longa duração. O decurso do tempo traz uma série de implicações, tais como renegociações, mudança das condições, avanço tecnológico, alteração das circunstâncias econômicas, dentre outras²⁹³. A boa execução de um contrato de longa duração depende essencialmente da cooperação das partes durante o seu desenvolvimento²⁹⁴.

Vale reforçar o que já dito anteriormente, no sentido de que o longo prazo, por si só, não define os contratos relacionais. O autor Melvin Aron Eisenberg cita interessantes exemplos para ilustrar a dificuldade de se ter um conceito rígido de contratos relacionais. Inicialmente, tenha-se um contrato de *leasing* envolvendo uma aeronave, o qual normalmente é vultoso e de longo prazo, entretanto, há possibilidade de que o contrato chegue ao fim sem que as partes se conheçam minimamente. Ao contrário, a contratação por um mês de uma arquiteta para remodelar o interior da casa própria pode ser altamente relacional. Na mesma linha, pode-se imaginar a contratação de um fotógrafo profissional para realização de um ensaio o qual, ainda que dure um único dia, pode ser considerado um contrato relacional²⁹⁵.

Utilizando-se dos exemplos acima citados, é possível elencar outro fator indicativo de contratos relacionais, qual seja, os denominados *behavior-based contracts*, ou contratos de meio. Isto é, são aqueles contratos em que o resultado esperado pelo contratante depende de vários fatores, sendo um deles a performance do contratado, e os outros entregues à aleatoriedade, não podendo ser assegurados pela via contratual. Nestes casos o contrato é adimplido com a performance satisfatória do contratado, enquanto o contratante assume o risco caso, ainda assim, o resultado seja insatisfatório. São antagônicos aos *outcome-based contracts*, ou contratos de

²⁹³ Baird, Douglas G. *Self-interest and cooperation in long-term contracts*, p. 585.

²⁹⁴ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 554 e 555.

²⁹⁵ Eisenberg, Melvin Aron. *Contracts and Relationships*, in *Palgrave Dictionary of Law and Economics* p. 446.

resultado, onde o adimplemento se dá com a concretização do resultado desejado pelo contratante.

A constatação do adimplemento nos contratos de meio tende a ser mais difícil, especialmente quando o resultado é insatisfatório. Muitas vezes faltam informações ao contratante para saber se o esforço empenhado pelo contratado foi realmente adequado. Por esta razão contratos deste calibre tendem a ser relacionais, uma vez que a relação entre as partes permite que o contratante tenha maiores informações sobre a performance do contratado e saiba avaliar, com melhor condição, o esforço empenhado²⁹⁶. Busca-se uma comunicação mais intensa entre as partes, onde haja constantes *feedbacks* por parte daquele que executa a atividade. É o caso, por exemplo, de um contrato médico onde a saúde do paciente não é garantida, mas sim, tão somente o esforço do profissional em tentar curá-lo. Da mesma forma, volta-se a ressaltar que este critério não pode ser único na identificação dos contratos relacionais, uma vez que também abarcam, por vezes, contratos de resultado.

Ainda, também é possível relacionar a incompletude dos contratos com a maior interatividade entre as partes. Quanto mais difícil for detalhar as condições do contrato, mais será necessária a interação constante entre os envolvidos. Contudo, também não se confunda contratos incompletos com os contratos relacionais, não sendo possível uma correlação tão simplória.

O estudo dos contratos relacionais sugere que há uma gama de contratos com características especiais, os quais poderiam reclamar um arcabouço normativo próprio. Contudo, em que pese a teoria dos contratos relacionais ter modernizado o Direito contratual em vários países, vale o ensinamento de Melvin Aron Eisenbergh²⁹⁷ no sentido de que todo contrato, ao menos em tese, é um contrato relacional, em maior ou menor medida. Sendo assim, não se pode distinguir um grupo específico de contratos, etiquetá-los como especiais e a eles atribuir regramento próprio. Os problemas especiais apresentados pelos contratos relacionais devem ser resolvidos com os princípios próprios do Direito contratual geral, devendo o aparato normativo ser adequado ao tratamento também destes contratos.

Por fim, ante todo o exposto sobre os contratos relacionais, pode-se dizer que estes tipos de contrato tendem a tornar mais complexa a aquisição de informações durante a sua execução. Afinal, trata-se de contratos que apresentam problemas

²⁹⁶ Eisenhardt, Kathleen M. *Agency Theory: An Assessment and Review*, p. 62-63.

²⁹⁷ Eisenbergh, Melvin Aron. *Why There Is No Law of Relational Contracts*, p. 805-821.

especiais²⁹⁸, os quais são melhor resolvidos com a adesão a normas de cooperação – cujo efeito seja realinhar obrigações à medida que as circunstâncias mudam – do que a normas que forcem o acordo original²⁹⁹. Ou seja, a tensão eventualmente surgida é melhor resolvida através do diálogo entre as partes do que recorrendo a um terceiro adjudicador (um magistrado, por exemplo).

Contudo, restam as dúvidas: os mecanismos de aquisição de informação, muitas vezes previstos no clausulado, acompanhariam esta fluidez? Não estaria o contratante em constante posição de refém? A confiança recíproca que se reafirma na nova negociação não seria suficiente para anuviar os métodos de controle e torná-los cada vez mais defasados, sem que acompanhem a atualização da rota contratual? Em síntese, é de se refletir se um contrato que deve ser baseado na boa relação a se formar entre as partes coaduna com a ideia de fiscalização, a qual carrega os estigmas da desconfiança e contenção.

É possível afirmar, portanto, que a aquisição de informações se afigura mais simples em um contrato discreto do que em um contrato relacional, dadas as peculiaridades deste último.

4.2.2.4 Quantificação de Risco

Outro fator que interfere na complexidade do contrato – no que tange à necessidade de aquisição de informação – refere-se à quantificação do risco. Fato é que todo contrato oferece risco, sendo inato à ideia de contrato. Ocorre que em algumas situações o resultado do contrato é incerto, afigurando-se esta incerteza em patamares muito elevados. Nestes casos – quando o grau de risco é elevado – a solução é que o risco seja quantificado e realocado entre as partes.

A quantificação e realocação do risco é fundamental para a manutenção e viabilidade dos contratos, notadamente aqueles de grande vulto. A um, pelo fato de equilibrarem de melhor forma os custos e benefícios de cada um dos envolvidos, permitindo a viabilidade negocial. Caso as agruras da aleatoriedade recaiam apenas sobre um dos contratantes, é possível que o contrato sequer seja firmado.

A dois, a realocação de riscos é uma importante ferramenta de estruturação de incentivos, os quais tem o potencial de induzir as partes a adotarem o comportamento

²⁹⁸ Goldberg, Victor P. *Relational Contract*, in *Palgrave Dictionary of Law and Economics*, p. 289.

²⁹⁹ Baird, Douglas G. *Self-interest and cooperation in long-term contracts*, p. 586.

desejado. Trata-se de mecanismo capaz de reduzir o oportunismo das partes, bem como induzir o grau de esforço que se pretende. A alocação de risco feita de maneira adequada tem a capacidade, por exemplo, de incentivar que uma das partes revele informações que, de outra forma, não o faria³⁰⁰. Outro exemplo é a redução do risco moral (*moral hazard*), à medida que a distribuição do risco induz a adoção de um grau maior de precaução. Por fim, a não alocação do risco também pode ser estratégica na indução de comportamento, inclusive em contratos de longo prazo, quando se quer viabilizar a renegociação acerca de pontos específicos; isso porque a alocação exauriente do risco pode dificultar novos diálogos no futuro.

A três, o cálculo do risco é crucial para a garantia do contrato. A aferição de necessidade de garantias, sua forma, prazo e extensão, dependem da quantificação do risco. É possível que a garantia (em sentido amplo) de um contrato se revele de várias formas, seja por meio da gravação de ônus reais, depósito de valores, imposição de obrigações ou mesmo pela via dos seguros. A melhor via a ser seguida, portanto, dependerá do grau de risco envolvido.

Várias são as hipóteses em que a distribuição de risco entre as partes se aventa como a melhor saída. Todavia, esta solução sofre de um problema fundamental: as partes devem ser capazes de identificar com precisão quais os riscos esperados, além de conseguir medi-los e alocá-los entre os envolvidos, da forma como desejam³⁰¹.

O cálculo do risco pode ser visto como uma verdadeira tecnologia. Quando se fala em risco refere-se a um evento futuro e incerto, e proceder ao seu cálculo é um saber à parte. Concerne à arte de combinar vários elementos relacionados à economia e à realidade social, tudo em respeito a um conjunto específico de regras³⁰². Trata-se de uma probabilidade, a qual depende de variáveis. Para o cálculo do risco é preciso identificar quais variáveis irão compor esta fórmula, conferir peso adequado a cada uma delas, bem como aferir na realidade quais as circunstâncias envolvidas.

Pode-se dizer que o cálculo do risco, o qual encontrou terreno fértil na seara dos seguros³⁰³, depende de uma projeção imaginária. Conforme ensina François Ewald, os métodos de quantificação do risco não caíram dos céus da matemática para serem encarnados em instituições prontas e acabadas; ao contrário, são construídos

³⁰⁰ Baird, Douglas G. *Self-interest and cooperation in long-term contracts*, p. 592.

³⁰¹ Idem, p. 589.

³⁰² Ewald, François. *Insurance and risk*. In *The Foucault effect: Studies in governmentality*, p. 197-210.

³⁰³ Bernstein, Peter L. *Against the Gods*, p. 90 ss.

gradualmente, oriundos de diversas práticas fruto de reflexão e racionalização, cuja análise parte principalmente dos efeitos, e não das causas. É errôneo, portanto, assumir que exista uma fórmula definitiva. Existem conjunturas econômicas, sociais e morais que continuamente alteram e refinam a técnica de calcular o risco³⁰⁴.

Ocorre que a quantificação do risco, entendida como uma tecnologia abstrata, não é técnica dominada por qualquer contratante. Em que pese vários sejam aqueles que firmam contratos envolvendo quantificação de risco – tais como os contratos de seguro – poucos são os que de fato detêm informações referentes a todas as variáveis presentes no cálculo. Assim, a aferição de autenticidade das informações ali presentes nem sempre é possível, ao menos não a baixo custo.

Contratos em que a quantificação do risco se afigura como elemento significativo tendem a apresentar uma maior assimetria informacional entre as partes em razão da dificuldade de uma delas de aferir a fiabilidade de todas as variáveis que compõem o cálculo. Ainda que a fórmula de quantificação do risco esteja disposta de forma clara, a verificação da autenticidade das variáveis que a integram pode não ser tão simples.

Existe outra problemática relativa à quantificação do risco, a qual se revela especialmente nos contratos administrativos, por terem como finalidade a satisfação de um interesse público. Trata-se da quantificação do custo social da incerteza. Em outras palavras, quando um contrato envolve incertezas, a tomada de decisão sobre contratar ou não, investir ou não, alocar recursos ou não, depende do grau de aversão ao risco daquele que contrata, investe, ou aloca recursos³⁰⁵. Nestes casos, tratando-se de custo a ser distribuído no seio social, não se pode considerar a aversão ao risco de forma individualizada, em relação a cada um dos envolvidos, pois seria uma tarefa hercúlea.

A aversão ao risco possui caráter pessoal, sendo penoso aferi-la no âmbito coletivo. Alguns estudos psicológicos apontam que a percepção de risco é fortemente influenciada pelo contexto em que o indivíduo está inserido no momento em que ele toma a decisão; o contexto, no caso, é moldado pelas experiências passadas do

³⁰⁴ Ewald, François. *Insurance and risk* in: Burchell, G.; Gordon, C. e Miller, P. (orgs), *The Foucault effect: studies in governmentality*. p. 198.

³⁰⁵ Couto, Gabriel T., & Gomes, Fábio A. R. *Custo de Bem-Estar da Incerteza Macroeconômica na América Latina*, p. 141.

tomador de decisão, pela antecipação de sentimentos sobre estados futuros, bem como pelo viés denominado *framing effect*³⁰⁶.

Ante tais circunstâncias o que ocorre, de fato, é uma pulverização deste risco sobre toda a coletividade, a qual somente é possível ante o grande número de pessoas envolvidas. Tal fenómeno permite, muitas vezes, que o custo da incerteza seja negligenciado pelos administradores públicos, considerando que o seu impacto é por demais difuso³⁰⁷. É o caso, por exemplo, do poder público que decide investir em atividade petrolífera, sem que possa certificar-se do exato lucro que advirá da exploração de determinada plataforma. Caso a atividade reste infrutífera, o custo do investimento afundado recairá sobre toda a sociedade, muitas vezes sem que esta possa mensurar, de forma consciente e racional, o tamanho da perda. Tais circunstâncias fazem com que o gestor, muitas vezes, deixe de adotar algumas precauções que no caso em tela seriam aconselháveis, conduzindo a uma decisão açodada sobre o ato de contratar.

Desta feita, resta claro que a necessidade de quantificação do risco aumenta a assimetria informacional entre as partes e, conseqüentemente, aumenta o custo da observabilidade do contrato.

Ante todo o exposto, resta claro que o problema informacional é nitidamente maior nos contratos complexos, ocasião em que a aquisição de informação é mais onerosa, e a estrutura de incentivos existente pode induzir ao comportamento oportunista. Considerando que a utilização dos poderes de conformação envolve uma tomada de decisão, e as tomadas de decisão, para que sejam eficientes, devem ser informadas, dizer que os poderes de conformação são suficientes para superar o problema informacional pode se revelar um verdadeiro paradoxo, notadamente nos contratos complexos. Desta feita, urge a necessidade de averiguar se a pergunta objeto deste trabalho, tal como feita, obedece a premissas válidas.

5 Decisão e Meta-Decisão

A execução dos contratos administrativos demanda tomadas de decisão por parte do ente público contratante, sendo que tais tomadas de decisão, para que sejam

³⁰⁶ M. Cohen, J. Etner; M. Jeleva. *Dynamic Decision Making When Risk Perception Depends on Past Experience*, in *Advances in Decision Making Under Risk and Uncertainty*, p. 19.

³⁰⁷ Kenneth J. Arrow; Lind, Robert C. Lind. *Uncertainty and the Evaluation of Public Investment Decisions*, p. 377 ss.

eficientes, devem ser baseadas na melhor evidência possível; em outras palavras, carecem de informações que as orientem no sentido da melhor alternativa disponível. Conforme visto, a fim de preservar o interesse público, os ordenamentos jurídicos de alguns países, inclusive Portugal e Brasil, garantem à Administração Pública poderes especiais, os quais permitem que ela imponha, de forma unilateral, as suas vontades sobre o contraente privado. A utilização dos poderes de conformação se revela, acima de tudo, como uma tomada de decisão, e por isso mesmo, também deve ser informada.

Dito isto, o objeto do presente trabalho, tal como posto, se revela como um verdadeiro paradoxo. A hipótese de os poderes de conformação serem suficientes para superar o problema informacional na execução dos contratos administrativos desconsidera que a boa utilização dos poderes de conformação depende, também, de informação. Tratando-se de contratos simples, discretos, é possível que esta discussão não tenha significado. Contudo, no que tange aos contratos complexos, pode-se afirmar que os poderes de conformação não são suficientes para superar os problemas informacionais. Além disso, é possível dizer que o problema, tal como posto, não é adequado, pois está fundado em premissas equivocadas.

O problema da informação não se resolve tão somente com a imposição de força. Não basta a possibilidade de a Administração Pública impor sua vontade de forma unilateral, ainda que com respaldo legal. O problema informacional carece de uma abordagem específica, não podendo ser misturado no mesmo balaio que se encontram os demais problemas decorrentes do movimento de contratualização da Administração Pública. Dadas as peculiaridades da informação, suas idiossincrasias, o problema informacional carece de um olhar especial, diferenciado, que considere os mecanismos de aquisição de informação.

O problema informacional perpassa mais pela lógica dos mecanismos de aquisição de informação do que dos poderes de conformação. Eventualmente, este poderá ser utilizado para a construção daquele. Contudo, não se pode inverter a lógica, sob pena de incorrer em um paradoxo. Em síntese, as tomadas de decisão, para que sejam eficientes, devem ser informadas, sendo esta informação transmitida por meio de um mecanismo de aquisição de informação; a composição desse mecanismo, por sua vez, se dá pela tomada de meta-decisões. Assim, o problema informacional passa pela análise, sobretudo, das meta-decisões envolvendo os mecanismos de aquisição de informação.

Prévio à imposição de suas decisões, o contraente público precisa superar outra questão, o denominado problema meta-decisório. Nesta linha, o desenvolvimento da execução dos contratos, na ótica do contraente público, impõe problemas de duas ordens, quais sejam: (a) relativos à tomada da decisão (em si considerada); e (b) relativos à imposição da decisão tomada. Os poderes de conformação existem com a finalidade de amenizar o segundo conjunto de problemas, mas não o primeiro. O processo decisório do ente público implica problemas relacionados ao seu desenho organizacional, e não somente à imperatividade das suas escolhas.

Apesar de decisões significativas não serem tomadas com frequência, e ainda que algumas decisões o administrador responsável tenha a autoridade e o conhecimento para tomá-las sozinho, é de se reconhecer que, por vezes, tomadas de decisões relevantes envolverão outras pessoas, com as quais o administrador deve manter boa interação. Assim, além do problema que está demandando uma decisão, o administrador deve se preocupar em como irá proceder para decidir. Trata-se de decidir como decidir, decisão esta também conhecida como meta-decisão³⁰⁸.

Seguindo os ensinamentos de Abraham Sin Oih Yu e Willy Hoppe de Sousa, na obra *Planejando a tomada de decisões: a abordagem das meta-decisões*³⁰⁹, quando um decisor se encontra perante um problema complexo, com possibilidade de enveredar por diferentes alternativas, a solução demanda tomadas de decisão sobre como este problema será resolvido; é preciso estabelecer previamente como será desenvolvido o processo de análise do problema, como se dará a identificação das alternativas possíveis, quais as consequências prováveis de cada uma dessas alternativas, bem como o modo de solucionar estas alternativas. A tomada de meta-decisões tem como objetivo principal a otimização do processo decisório, isto é, aumento da qualidade com redução de recursos e tempo investido.

Dentre as facetas envolvidas no problema meta-decisório, aquela que interessa ao presente trabalho refere-se ao tema da informação. À luz do processo meta-decisório, é crucial ao decisor que reconheça a limitação do seu próprio conhecimento³¹⁰; assentada esta limitação, pode posteriormente recorrer a mecanismos para uma eventual complementação de informações. O problema meta-

³⁰⁸ Gigch, John P. Van. *Metadecisions: Invoking the Epistemological Imperative to Enhance the Meaning of Knowledge for Problem Solving*, p. 86 ss.

³⁰⁹ Yu, Abraham Sin Oih; Sousa, Willy Hoppe. *Planejando a tomada de decisões - meta-decisões*, p. 2.

³¹⁰ Idem, p. 7.

decisório implica o reconhecimento e enfrentamentos das seguintes questões: (a) quais os conhecimentos exigidos para a tomada de decisão; (b) quais os conhecimentos que o decisor detém; (c) qual o conhecimento disponível para o decisor, dentro e fora da organização; (d) quais os limites para a aquisição do conhecimento disponível. O decisor que não reconhece os seus limites corre o risco de enveredar por um processo decisório enviesado.

Na tomada de decisão simples é possível que tais questões não sejam significativas. A análise de todo o problema pode ser feita pelo decisor sozinho, intuitivamente. Entretanto, não é assim que ocorre em todas as situações. Por vezes, a tomada de decisão carecerá de todo um grupo decisor, o qual dependerá, ainda, de outros atores para fornecer elementos indispensáveis à decisão. Além disso, a interação e articulação do grupo decisor em si pode ser motivo de entraves, ante as disputas de poder e conflitos de interesses dentro da própria organização.

O decisor precisa de uma visão prospectiva³¹¹, de quais conhecimentos serão necessários no futuro, a fim de que possa criar meios de aquisição de informações de antemão. O reconhecimento intempestivo de novas necessidades, ou seja, sem tempo suficiente de reação, pode colocar o decisor em situação delicada caso um conhecimento indispensável esteja condicionado à liberalidade de terceiro. Depender da mera vontade de outro pode colocar o decisor em situação de refém, ocasião em que o detentor do conhecimento tentará adquirir renda extra sobre a situação, barganhando de forma desleal. É preciso, portanto, que o decisor se antecipe e consiga estabelecer mecanismos que possam transmitir as informações indispensáveis para futuras tomadas de decisão.

A análise do problema decisório exige que seja cuidadosamente avaliado aquilo que é e que não é conhecido; devem ser identificadas as formas de se buscar informação, as dificuldades de acesso a novos conhecimentos, bem como possíveis alternativas para redução das lacunas. É preciso que toda a equipe envolvida no processo decisório esteja ciente das dificuldades e da realidade que se espera. Importante se faz que sejam identificadas, dentro da organização, aquelas pessoas que mais possuem competência para lidar com este problema, a fim de que sejam chamadas para participar do processo decisório. Ainda, devem ser identificadas as

³¹¹ Matthews, David. *Metadecision Making*, p. 160 ss.

tecnologias da informação que sejam capazes de auxiliar a comunicação entre todos os envolvidos, colaborando na coleta, armazenamento e transmissão de informações.

A aquisição de informação na execução dos contratos administrativos insere-se no problema meta-decisório do contraente público no que tange às decisões relativas ao desenvolvimento do contrato, seja para garantia do adimplemento, modificação, rescisão, prorrogação, ou resolução de conflitos. Caso não existam mecanismos eficientes de aquisição de informação, pode o contraente público não ter condições de tomar decisões acertadas ante a falta de conhecimento para tanto. Em outras palavras, a falta de informação pode fazer com que a Administração Pública não consiga utilizar de forma adequada os poderes de conformação que a lei lhe garante.

As decisões acerca do processo decisório, também denominadas meta-decisões, referem-se muito mais a questões organizacionais do que à capacidade de imposição unilateral da vontade do ente público. Desta feita, poderes especiais de conformação não são suficientes para eliminar o problema meta-decisório, em que pese o eventual auxílio a que se prestam. Ainda que o ordenamento jurídico preveja, em seus dispositivos, amplos poderes ao contraente público durante a execução dos contratos, a existência de um processo decisório frágil pode fazer com que o interesse público padeça.

5.1 *Efeito do Enquadramento*

Dizer que o questionamento apresentado no início do presente trabalho – ou seja, se os poderes de conformação são suficientes para superar o problema informacional durante a execução dos contratos administrativos – não se revela uma pergunta válida constitui o que se pode denominar de efeito do enquadramento. Isto é, trata-se de falha no enquadramento do problema que se quer enfrentar (em última instância, o problema informacional), o que leva a premissas falsas, e consequentemente, a hipóteses falaciosas.

Quando se quer chegar a algum lugar é natural que se tenha em mente o caminho a ser seguido. Andar a esmo, sem referência, é próprio daqueles que são indiferentes ao seu destino; é o andarilho, que vaga sem muito se importar com o rumo. Da mesma forma é o processo decisório eficiente. Aquele que pretende tomar uma decisão ótima – em especial nos casos complexos – precisa saber quais as etapas a serem seguidas até o final do processo. Processo decisório sem rumo, norteador tão somente pela intuição, está mais propenso à aleatoriedade do que à eficiência. Por isso

mesmo, a Administração Pública, que possui a eficiência como um dos seus postulados deve, necessariamente, se atentar às etapas do processo decisório.

Na obra *Winning Decisions: getting it right the first time*, os autores J. Edward Russo e Paul J. H. Schoemaker defendem que todo processo decisório possui, em geral, quatro etapas, sendo elas: (a) enquadramento (*framing*), que determina o ponto de vista a partir do qual os decisores olham para a questão e estabelecem parâmetros para quais aspectos da situação eles consideram importantes e quais não consideram; determina de forma preliminar quais os critérios que os levariam a preferir uma opção em detrimento da outra; (b) coleta de informações, sendo que os coletores de informações devem buscar os fatos e as opções conhecidas e produzir avaliações razoáveis de "incógnitas" para permitir a tomada de decisões diante da incerteza; é importante que evitem armadilhas como o excesso de confiança no que acreditam atualmente e a tendência a buscar apenas informações que confirmem suas crenças; (c) retirada de conclusões, que engloba uma abordagem sistemática do problema, com aproveitamento dos dados que foram coletados, análise em grupo e desvencilhamento das crenças anteriores limitantes; (d) aprender com a experiência, no sentido de que os decisores podem melhorar continuamente as suas competências aprendendo sistematicamente com os resultados de decisões passadas³¹².

Acontece que, a depender da perspectiva sob a qual o decisor enxerga a situação, é possível que ele desconsidere as demais etapas essenciais do processo decisório e adiante conclusões precipitadas³¹³. A depender do enquadramento do problema principal, na hipótese de ele (o enquadramento) ser limitante, é possível que seja desconsiderada a coleta de novas informações, a retirada sistemática de conclusões, bem como o aporte do conhecimento empírico acumulado. Daí é possível dizer que o enquadramento pode se revelar como um problema a ser superado, do qual dependem as demais etapas. O enquadramento inicial do decisor deve ser devidamente estabelecido e, reconhecidas as lacunas existentes, devem ser adotadas medidas para superá-las.

O problema do enquadramento refere-se ao fato de que a perspectiva com que os decisores enxergam o mundo limitam as alternativas disponibilizadas num processo decisório. Em outras palavras, a moldura sob a qual o decisor enxerga o

³¹² Russo, J. E.; Schoemaker, P. J. *Winning decisions: Getting it right the first time*. Crown Business, p. 31.

³¹³ Kahneman; Tversky. *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, p. 453 ss.

cenário afeta a sua escolha; pessoas percebem o mundo de formas diferentes, e essa percepção interfere na tomada de decisão. O fenômeno do enquadramento pode ser entendido a partir do que os cientistas cognitivos denominam por *frames* (quadros). *Frames* são estruturas mentais que simplificam e guiam o entendimento da pessoa sobre uma realidade complexa³¹⁴.

No que tange às diferentes perspectivas de mundo das pessoas, Richard H. Thaler, no artigo intitulado *Mental Accounting Matters*³¹⁵, utiliza a expressão contabilidade mental (*mental accounting*) para expressar o conjunto de operações cognitivas utilizadas por indivíduos para organizar, avaliar e acompanhar as suas atividades envolvendo transações. Segundo o autor, a análise da contabilidade mental do decisor auxilia esclarecer, sob a lente psicológica, a forma como se desenvolve a tomada de decisão; a contabilidade mental não é neutra, mas sim, afetada pelas características de cada um. Ainda na lição de Richard H. Thaler, a contabilidade mental do indivíduo engloba três componentes: (a) a forma como os possíveis resultados são percebidos e experimentados, e como as decisões são feitas e subsequentemente avaliadas, isto é, trata-se da análise custo-benefício *ex ante* e *ex post* realizada pelo indivíduo; (b) a atribuição de atividades e recursos a contas específicas, ou seja, com violação ao princípio econômico da fungibilidade; e (c) a frequência com que as atividades e recursos afetados são avaliados.

Em regra, é assimétrico o modo como a mente humana trata a informação que está presentemente disponível e a informação de que a pessoa não dispõe; há um viés cognitivo no sentido de que, no processo decisório, apenas ideias ativadas são retratadas, enquanto as lacunas de informação são relegadas a segundo plano. Há uma tendência em ser desconsiderada a quantidade e a qualidade dos dados disponíveis, desde que estes sejam suficientes para montar uma história coerente. Em síntese, quando a informação é escassa, a mente humana é uma máquina de tirar conclusões precipitadas³¹⁶. O problema do enquadramento, também denominado *framing effect*, significa que a informação que não se encontra explícita é geralmente negligenciada, ainda que exista a possibilidade de ela ser coletada ou gerada³¹⁷. Ou seja, ainda que

³¹⁴ Yu, Abraham Sin Oih; Sousa, Willy Hoppe. *Planejando a tomada de decisoes - meta-decisões*, p. 3.

³¹⁵ Thaler, Richard H. *Mental accounting matters*, p. 184 ss.

³¹⁶ Kahneman, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, p. 111.

³¹⁷ Brenner, Lyle A.; Koehler, Derek J.; Tversky, Amos. *On the evaluation of one - sided evidence*, p. 67.

esteja ciente do conhecimento apenas parcial da situação, a mente intuitiva não hesita em fazer conclusões precipitadas.

A não consciência do significado e da importância do processo decisório (considerando todas as suas etapas) pode levar a decisões ineficientes. Quando da tomada de decisões é preciso que o decisor reflita sobre o ato de decidir. Decisões baseadas em mera intuição, ou apenas no uso das informações disponíveis, como se fossem todas as informações possíveis, sem qualquer apreciação sobre a qualidade e quantidade dos dados existentes, é uma armadilha que deve ser evitada³¹⁸.

É importante ressaltar que o problema do enquadramento não se revela apenas com o enquadramento insuficiente do cenário; aliás, em regra o decisor possui um enquadramento limitante, baseado em suas experiências e conhecimentos pretéritos. O efeito do enquadramento decorre do modo como funciona a própria mente humana, a qual tende a simplificar situações complexas através de regras gerais. O enquadramento é um atalho, uma heurística – dentre várias outras – usada pelo modo intuitivo de pensar. O problema existe, em verdade, quando o decisor não reconhece a existência do efeito do enquadramento, e acredita que aquilo que ele vê é tudo o que há. O efeito pernicioso do enquadramento ocorre quando o decisor não reconhece os seus limites e desconsidera a necessidade de coleta de maiores informações; em outras palavras, há prejuízos para o processo decisório quando as informações disponíveis são insuficientes em quantidade e qualidade, todavia, o decisor precipitadamente ignora essa insuficiência e nada faz para superar a lacuna, passando a considerar que as informações presentemente disponíveis são tudo o que há.

No que tange à característica da mente humana de tirar conclusões precipitadas, Daniel Kahneman define este efeito com a frase “*what you see is all there is*”, ou seja, “o que você vê é tudo que há”³¹⁹. Trata-se do viés cognitivo – inato do sistema intuitivo – de desconsiderar a quantidade e qualidade da informação então disponível, satisfazendo-se prematuramente tão apenas com o que se tem no presente momento. Desde que as informações dispostas consigam construir uma narrativa minimamente coerente, a mente “preguiçosa” se apegue a esta narrativa como se fosse todo o cenário. Desconsidera-se, pois, as demais informações que podem ser coletadas ou geradas, relegando qualquer necessidade de aquisição de novas informações.

³¹⁸ Hernandez, Eneiza. *Metadecision*, p. 55.

³¹⁹ Kahneman, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, p. 112.

Em outras palavras, a utilização de quadros mentais é inata à mente humana, não podendo o decisor negar a forma com que o cérebro humano estrutura o conhecimento. Todavia, a partir do momento em que o decisor entende a mente humana como uma ferramenta perfeita, capaz de processar de forma ideal uma quantidade imensa de informações, aí sim incide em erro inescusável. Em resumo, o enquadramento é uma regra de heurística utilizada pelo sistema intuitivo da mente humana, forma inata de estruturar o pensamento; não reconhecer os seus limites, e acatar o enquadramento como tudo o que há – ou seja, não avaliar adequadamente a qualidade e quantidade das informações disponíveis, sem considerar a possibilidade de coleta de novas informações – é um problema para o decisor, podendo levá-lo a decisões ineficientes.

Por isso mesmo, o reconhecimento do enquadramento potencialmente limitante deve ser uma etapa importante no processo decisório. Deve-se reconhecer que o processo decisório possui etapas, sendo a etapa do enquadramento aquela onde cabe ao decisor refletir sobre a forma com que enxerga o cenário, o qual está limitado por uma moldura, enquadrado nas informações prontamente disponíveis e experiências prévias do decisor. Reconhecer esta moldura, estabelecer os seus limites, para então definir meios de superá-la é justamente o que deve ser feito na primeira etapa de um processo decisório adequado.

5.1.1 Enquadramento nos Contratos Administrativos

A seara pública, notadamente no que toca à execução de contratos administrativos, não está livre do problema do enquadramento. Afinal, toda a estrutura da Administração Pública, seus órgãos, repartições e ramificações, é essencialmente formada por pessoas. O efeito do enquadramento é afeito à condição humana, não fazendo distinção, portanto, entre as esferas pública e privada. Seja no comando de uma empresa privada, seja na direção de uma repartição pública, a mente humana continua sendo uma máquina de tirar conclusões precipitadas.

No âmbito público o problema do enquadramento pode ser analisado em dois momentos. A um, os efeitos do enquadramento podem incidir no momento da contratação, no órgão público contratante, no gestor e executor do contrato. A dois, é possível verificar o mesmo efeito também naqueles que criaram todo o aparato normativo sob o qual se sustenta o processo de contratação. Isso porque as atividades do Estado, em especial quando se trata de proceder a despesas públicas, são mais

solenes do que quando comparado ao particular; em regra, a Administração Pública segue o princípio da legalidade, ou seja, pauta a sua atuação no quanto está previsto no ordenamento jurídico. O agir administrativo termina por ser mais restrito, enquanto o particular possui mais liberdade na sua atuação.

As atividades da Administração Pública, em especial as compras públicas, podem se pautar por uma variedade de normas – leis, constituição, decretos, resoluções etc. – cada uma com suas peculiaridades, a depender do ordenamento jurídico que se analisa. Todas elas, independentemente da espécie e do ordenamento jurídico a que se refira, possuem um ponto em comum: são concebidas por pessoas. Nenhuma norma dispensa o componente humano, ainda que não escritas. Mesmo para aqueles que entendem, numa visão jusnaturalista, que as normas são inerentes à natureza, nenhum significado elas teriam sem a pessoa humana, que a pudesse compreender e expressar. Assim, toda norma, assim como o Direito, é essencialmente humana. E por esta razão, por estar fundada na pessoa, é que a concepção das normas não está livre das condições sob as quais está encerrada a mente humana. O viés do enquadramento, portanto, aplica-se não só ao decisor que executa os contratos administrativos, mas também àquele que concebe a norma jurídica que regerá o ato de compra pública.

Seja o legislador na sua atividade parlamentar, o órgão colegiado na expedição de resoluções, o chefe do Poder Executivo na elaboração de decretos, o órgão de correição na formulação de recomendações, estão todos submetidos ao viés cognitivo do enquadramento. Da mesma forma que o executor do contrato, são pessoas, e por isso mesmo sujeitos a circunstâncias semelhantes.

Dito isto, pode-se concluir que na seara pública o problema do enquadramento pode incidir, ao menos, em dois momentos subsequentes: (a) na concepção das normas que regem as compras públicas; e (b) no momento da contratação e da execução do contrato. Conforme já dito, o enquadramento limitante da forma de enxergar o mundo pode levar o decisor a desconsiderar a necessidade de coleta de maiores informações, ou seja, pode conduzir o decisor a entender que as informações que estão presentemente disponíveis são tudo o que há, não se fazendo qualquer juízo crítico quanto à qualidade ou quantidade dessas informações. A depender do enquadramento feito pelo legislador (para fins deste trabalho, utiliza-se a expressão legislador em sentido amplo), o tema da informação pode ser relegado, deixado de lado, não se considerando a importância de que, nas compras públicas, devem existir

mecanismos de aquisição de novas informações que possam subsidiar o contratante nas decisões durante o desenvolvimento do contrato.

Ainda que o contratante possa no seio do contrato, a depender do desenho do clausulado, criar obrigações para o contratado no sentido de que transmita as informações que se fizerem necessárias, a ausência de um ordenamento jurídico que oriente neste sentido pode ser prejudicial. Afinal, a atuação da Administração Pública está muito condicionada à lei, não sendo possível franquear a aquisição de novas informações tão somente às obrigações contratuais.

Ao analisar os ordenamentos jurídicos hodiernos é possível perceber que o enquadramento do legislador pode assumir diferentes perspectivas. É possível perceber que, em alguns casos, confere-se maior importância à formação dos contratos, à solenidade na escolha do contratado e na elaboração da proposta, do que na própria execução do contrato em si. A moldura mental do legislador pode levá-lo a privilegiar um determinado momento da contratação se comparado com o restante do processo.

Para ilustrar, tenha-se o ordenamento jurídico de Portugal e da própria União Europeia. Existem vozes no sentido de que há uma “focagem preferencial” no momento de formação do contrato, enquanto a sua execução não recebeu a mesma atenção do legislador. Neste íterim, o autor Pedro Costa Gonçalves, no artigo intitulado *Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise*, assevera que:

Sem ignorar a relevância que, tradicionalmente, a doutrina europeia confere ao capítulo da *execução dos contratos públicos*, talvez se deva reconhecer que, também na Europa, se apresenta em grande medida válida a ideia segundo a qual, nesta matéria, há uma focagem preferencial da dogmática e mesmo da opinião pública nos temas jurídicos relacionados com a formação do contrato. Deste modo de ver resulta, de certa forma, a desvalorização ou secundarização de toda a problemática atinente à execução e ao cumprimento do contrato público. (...) Esse ângulo de abordagem da fase de execução do contrato – preocupado em sublinhar a *adaptabilidade do contrato* em função de exigências de actualização impostas pelo interesse público – acaba por relegar para plano secundário a teorização das responsabilidades do contraente público no domínio da

*garantia do cumprimento pontual e integral do contrato pelo contraente privado.*³²⁰ (destaques conforme o original)

Quando se fala em “focagem preferencial” tem-se exatamente o que os cientistas cognitivos denominam por enquadramento; ou seja, a moldura sob a qual o indivíduo enxerga o mundo. Nem mesmo o legislador está imune a este efeito. Continuando o raciocínio o autor, em outra obra, complementa:

Em Portugal, como em muitos outros ordenamentos europeus, o tema da gestão ou administração dos contratos públicos, ainda que abordado sem essa designação, não se encontra naturalmente excluído das preocupações da doutrina, nem tão-pouco da legislação. Todavia, nessa matéria, a perspectiva comum e corrente tem privilegiado o estudo e a análise da desigualdade interna do contrato administrativo e, nesse âmbito, tem-se ocupado sobretudo com a tarefa de compreender e analisar as *prerrogativas* do contraente público na “conformação da relação contratual” (cf., neste âmbito, o destaque conferido na lei à conformação da relação contratual e aos poderes do contraente público: artigo 302.º e seguintes do CCP).³²¹

A ressalva aponta justamente para o fato de os ordenamentos jurídicos europeus, em geral, privilegiarem a constituição de poderes de conformação da relação contratual. Todavia, fica esquecido um aspecto importante: o meio de aquisição de informações, justamente aquelas que irão orientar as tomadas de decisão sobre como e quando utilizar esses ditos poderes de conformação. De nada adianta pura força se não existir orientação sobre onde e como a impingir.

Em muitos sistemas jurídicos a lei entrega ao contraente público um conjunto de poderes ou de prerrogativas de autoridade, o qual tem por objetivo garantir a atualidade e o adimplemento do contrato. Desta forma, as contingências que eventualmente ocorressem durante a execução contratual poderiam ser contornadas com o uso dos poderes de conformação. O que a lei faz é conferir poder – uso de força legítima – a fim de que a Administração Pública consiga atingir os seus objetivos. Na eventualidade de qualquer dificuldade ou desatualização, poderia o

³²⁰ Gonçalves, Pedro Costa. *Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise*, p. 17-19.

³²¹ Idem. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 516.

gestor público, então, utilizar-se de um ato de caráter impositivo com o propósito de conferir novo molde ao contrato e redirecioná-lo para o atendimento do interesse público.

Acontece que a previsão legal dos poderes de conformação por si só, notadamente nos contratos complexos, pode não ser suficiente para a finalidade a que se propõem. Isso porque a utilização dos poderes de conformação exige uma tomada de decisão sobre quando e como os utilizar; por trás da tomada de decisão, por sua vez, há um processo decisório. É preciso que o legislador se atente para esse processo decisório, para suas etapas essenciais, e crie meios de que elas ocorram da melhor forma possível. Em especial, que se reconheça o problema do enquadramento e que se avalie a suficiência das informações então disponíveis. Para além do agraciamento com poderes legais, é necessário que o sistema jurídico leve em consideração o problema meta-decisório, e consequentemente a questão da aquisição de informação.

Em síntese, numa abordagem sistêmica, quando se trata de compras públicas, pode-se falar em dois momentos do processo meta-decisório: a um, sob a visão do legislador (em sentido amplo); a dois, sob a ótica do executor do contrato. Considerando a forma solene do agir administrativo, caso o ordenamento jurídico não contemple a necessidade de aquisição de informações pelo contraente público, ou seja, caso a previsão legal não esteja orientada à criação de mecanismos de aquisição de informação, é possível que o ente público encontre maiores dificuldades no desenrolar da execução dos contratos.

5.1.2 Efeitos do Enquadramento e Processo Meta-Decisório

Um dos principais efeitos do enquadramento no âmbito da execução dos contratos administrativos está na desconsideração da importância do processo meta-decisório no que tange à aquisição de informação. Em outras palavras, a forma como o agente público enxerga o mundo pode levá-lo a relegar os efeitos deletérios da assimetria informacional, de forma que a análise da suficiência da qualidade e quantidade das informações então disponíveis seja feita de forma precária.

Aquisição de informação depende do desenho institucional, bem como de esforços onerosos por parte da Administração Pública. Entretanto, frequentemente o legislador considera a habilidade de aquisição de informação como pronta e acabada; os custos, ônus e fricções são desconsiderados, sendo a situação enquadrada em uma moldura ideal, onde informações são perfeitas e amplamente disponíveis.

Nesta mesma linha, no que tange aos riscos de não se dar importância devida ao tema da informação, adverte Matthew C. Stephenson que a literatura de direito público tende a ser negligente com os desafios relacionados à aquisição eficiente de informação pelas instituições³²²:

In focusing on how to encourage the most effective use of information (say, by allocating authority to the best-informed agents, aligning agents policy preferences with the principal's, or ensuring efficient aggregation of information from multiple sources), the extant public law literature tends to neglect the related but distinct challenge of encouraging the efficient acquisition of information.³²³

A literatura e a lei, por vezes, pressupõem uma capacidade de aquisição de informação por parte do agente público que é inexistente. Há uma presunção de que o tomador de decisão é suficientemente racional e dotado de informações satisfatórias para que tenha uma performance analítica ótima. Os incentivos existentes na estrutura da instituição para uma eficiente aquisição de informação são, portanto, desconsiderados.

A presunção de que existe para o agente público uma observabilidade plena é falaciosa, e o ordenamento jurídico que parte dessa premissa pode ser ineficiente no que respeita à performance das compras públicas. É importante perquirir os incentivos existentes para o agente no que toca à aquisição de informações, bem como sua adequada capacidade de processar essas informações. À medida em que se leva a sério o problema da informação, vê-se que na execução dos contratos os poderes de conformação encontram-se em um segundo momento. Isto é, há uma etapa antecedente e necessária voltada à aquisição eficiente de informações.

Os poderes de conformação da Administração Pública encontram sustentação na ideia de supremacia do interesse público, a qual é, como já visto, matriz identitária³²⁴ do Direito Administrativo. Remonta há séculos o esforço de se avaliar a

³²² Stephenson, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*, p. 1425.

³²³ Na tradução livre: “Ao concentrar-se em como encorajar o uso mais eficaz da informação (por exemplo, alocando autoridade aos agentes mais bem informados, alinhando as preferências políticas dos agentes com as dos mandantes, ou assegurando a agregação eficiente de informação de múltiplas fontes), a literatura de direito público existente tende a negligenciar o desafio relacionado mas distinto de encorajar a aquisição eficiente de informação”.

³²⁴ Otero, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, volume I, p. 34-35.

retidão de atos, escolhas e decisões políticas, que culminou na dicotomia entre interesse público e privado, a fim de garantir prioridade do primeiro sobre o segundo. Desenvolveu-se uma visão do indivíduo como parte do todo social, sendo que o bem de cada um só se realiza quando assegurado o bem comum (pensamento organicista), e que a melhor solução é aquela que gera ganho econômico ao maior número de pessoas (pensamento utilitarista)³²⁵.

Sustentada nessas bases filosóficas é que se desenvolveu a ideia de Administração Pública como um personagem poderoso, dotado de prerrogativas especiais. A partir do momento em que assume a responsabilidade pela satisfação dos interesses coletivos, é disponibilizado para a Administração Pública um leque de poderes que extrapolam o padrão geral – poderes estes que não existem para o sujeito privado –, cuja finalidade é garantir a consecução dos seus objetivos individuais (lucro). Independente do Poder Judiciário, pode a Administração Pública criar, modificar ou extinguir direitos mediante atos unilaterais, bem como executar de ofício as suas próprias decisões³²⁶.

Entende-se que a superioridade do interesse da coletividade deve ser reconhecida como condição para sua sobrevivência e asseguramento. Em outras palavras, a proclamação da supremacia do interesse público seria “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”³²⁷.

Ocorre que, no que tange aos contratos administrativos complexos, esta visão tradicional merece ressalvas, não podendo ser aceita como solução acabada. À medida que as sociedades se desenvolvem, e contratos cada vez mais complexos surgem, o tema da informação torna-se mais relevante, não podendo ser prescindido. O que se denomina aqui de visão tradicional se refere ao enquadramento do problema que desconsidera a importância da aquisição de informação durante a execução dos contratos, enquadramento este que, nas sociedades mais simples e em relação a contratos mezinhos, pode ser suficiente. Não se pretende, neste trabalho, desenvolver críticas ao princípio da supremacia do interesse público e sua

³²⁵ Binenbojm, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 83-86.

³²⁶ Enterria, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 43.

³²⁷ Melo, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 70.

relativização perante os direitos fundamentais³²⁸. Busca-se, em verdade, ressaltar a insuficiência desta visão tradicional para o enfretamento do problema relativo à aquisição de informações durante a execução dos contratos.

Historicamente desenvolveu-se uma mentalidade no sentido de que a Administração Pública, para que fosse capaz de tutelar os interesses da coletividade, demandaria poderes especiais sobre o particular contratado. Desta forma, as dificuldades a serem encontradas durante a execução contratual foram enxergadas como grilhões, sendo concedido ao contraente público força suficiente para que, sozinho, pudesse romper suas amarras e enveredar-se novamente para o caminho que contemplasse a satisfação das necessidades públicas.

Este receio do risco de *lock in* por parte do contraente público e a concessão de super-força para que, sozinho, possa livrar-se do embaraço, recai muito bem, por exemplo, sobre questões envolvendo circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis. Pode-se pensar na hipótese de ocorrerem contingências supervenientes em que o contraente público se coloque em situação desfavorável; desta forma, a possibilidade de alterar ou encerrar o contrato unilateralmente, sem a necessidade de decisão judicial por parte de magistrado, confere a possibilidade de o contraente público voltar à posição que lhe permite estar alinhando com o interesse público.

Tenha como exemplo um contrato cujo pagamento depende de cotação de moeda estrangeira; em que pese a variação cambial seja previsível, é possível que durante o período de execução do contrato haja oscilação do valor em patamares que vão além do esperado. Caso o contraente público tivesse previsto variação em valores tão díspares, teria utilizado indexadores diferentes, e não a cotação da moeda estrangeira. Os poderes de conformação permitem capacidade de reação ao contraente público, o qual pode, de forma unilateral e independente de consentimento do contraente privado, modificar o contrato, ou mesmo encerrá-lo. Quando da adjudicação da contratação e utilização da cotação da moeda estrangeira como indexador havia por parte do contraente público uma expectativa de valor, e consequentemente uma previsão de performance do contrato. Neste exemplo o problema revela-se relativamente simples, pois há um prumo, um norte, para onde os poderes de conformação, a força legítima, balizará o comportamento do contraente privado. Para que um comportamento seja conformado, há que existir um molde, um

³²⁸ Sarmiento, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. 1 ss.

arquétipo; caso contrário resta apenas força desgovernada, a qual não vai a lugar algum.

O enquadramento tradicional do problema se assemelha à analogia de uma locomotiva que sai dos trilhos e, sozinha, consegue colocar-se novamente no caminho certo, para que continue a perseguir seu trajeto original. O problema encontra-se na pressuposição de que os trilhos, com direção e sentido pré-fixados, sempre existirão. A analogia da locomotiva exemplifica com clareza hipóteses de imprevisão, mas não aqueles casos em que haja assimetria informacional. Na hipótese de ausência de informação é possível que não estejam muito claros os trilhos para onde a locomotiva pretende voltar. Na hipótese de assimetria informacional, os trilhos que guiam a locomotiva tendem a ficar borrados, e o veículo perde a sua orientação. Há de se reconhecer que existem contratos mais complexos que outros, os quais possuem o condão de eliminar a referência do adequado. Nestes casos, os poderes de conformação seriam força pura, sem sentido ou direção.

O que se defende neste trabalho é que o enfrentamento do tema da assimetria informacional, notadamente nos contratos complexos, é muitas vezes superficial, focado apenas na supremacia da Administração Pública e nos poderes de conformação³²⁹. O tema da informação, por sua vez, é frequentemente relegado a segundo plano, sendo abordado apenas de forma perfunctória³³⁰. Essa carência faz com que a análise deixe a desejar, pois o simples fato de a força legítima estar à disposição nem sempre exaure o problema; pouco adianta possuir poderes especiais sem que se saiba em qual sentido ou direção usá-los.

É importante ter em mente que não se pode dispensar tratamento idêntico a todos os contratos, pois alguns são mais complexos que outros; dada a complexidade da relação contratual, e ante o problema da assimetria informacional, no desenvolvimento dessa relação tem lugar não só a execução do contrato, mas também a tarefa de “administração do contrato”³³¹. Cuida-se de enxergar nos contratos complexos uma responsabilidade ampliada do contraente público, a qual é dispensável nos contratos mais simples. Essa tarefa da Administração Pública, mais acentuada em alguns casos, envolve não apenas poderes especiais, mas também planejamento, gestão, negociação, resolução de litígios, análise comportamental,

³²⁹ Gonçalves, Pedro Costa. *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, p. 18.

³³⁰ Esty, Daniel C. *Environmental Protection in the Information Age*, p. 122.

³³¹ Gonçalves, Pedro Costa. *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, p. 515.

análise custo-benefício, design das instituições, além de outras competências e visões exigíveis da Administração Pública moderna.

Em que pese a complexidade dos contratos ser muitas vezes reconhecida, em especial nas privatizações de serviços essenciais e infraestrutura, existe uma tendência tradicional de considerar tais questões como sendo da esfera política³³²; entende-se que a decisão de privatizar não levanta questões legais, salvo em pontos específicos. Essa visão estreita do papel do Direito Público, contudo, se revela insuficiente.

Em síntese, é importante que seja contemplada a necessidade de aquisição de informação por parte do ente público no que se refere às compras públicas, tanto por parte do legislador quanto por parte do executor do contrato. Para tanto, é necessário um enquadramento adequado do problema, que reconheça a eventual insuficiência das informações então disponíveis, e a consequente necessidade de aquisição de novas informações. Caso o enquadramento do problema não permita vislumbrar a necessidade de criação de mecanismos de aquisição de informação, é possível que surjam embaraços durante a execução dos contratos administrativos.

5.1.3 *Superação do Problema Mediante Gestão dos Contratos Públicos*

O aumento da complexidade dos contratos administrativos, o volume de informações envolvidas e a tecnicidade exigida vem demandando cada vez mais esforços por parte do agente público no que tange a acompanhar o desenvolvimento do contrato. A partir do momento em que a evolução do contrato administrativo faz com que o acompanhar da sua execução demande técnica, faz-se presente a denominada gestão de contratos administrativos.

No que tange à nomenclatura, a *gestão de contratos* também pode ser referida pela expressão *administração de contratos*. Em inglês, usam-se os termos *contract management* ou *contract administration*. O alvorecer da gestão de contratos se deu nos Estados Unidos, na década de 1950³³³, por meio de um novo olhar sobre a noção de risco. Em vez de ser visto como um fenômeno completamente aleatório, contra o qual muito pouco se pode fazer, buscou-se uma atitude ativa perante os riscos inerentes ao contrato. Em outras palavras, trata-se de enxergar o risco de forma sistematizada, adotando, assim, uma postura preventiva e proativa.

³³² Barak-Erez, Daphe. *Three questions of privatization*, p. 497-498.

³³³ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 590.

A gestão de contratos administrativos implica assumir um comportamento ativo, no qual cabe ao contratante elaborar de antemão um plano de ação que tem como finalidade lidar com as adversidades que podem surgir no decorrer do contrato. O contratante assumirá, após a adjudicação, uma postura de vigília, a fim de acompanhar a execução do contrato na maior medida possível. Caso seja necessário, terá condições de tempestivamente reajustar o curso da execução contratual da forma que melhor atenda ao interesse público³³⁴.

Conforme ensina Pedro Costa Gonçalves, pode-se definir gestão de contratos administrativos como sendo “todas as providências adotadas pelo contraente público e o esforço por este despendido no sentido de assegurar o cumprimento pontual dos contratos celebrados”³³⁵. Por sua vez, John van der Puil e Arjan van Weele conceituam gestão de contratos como o processo de garantir que todas as partes cumpram com suas obrigações, no sentido de atingir os objetivos operacionais do contrato, bem como satisfazer os objetivos estratégicos dos seus beneficiários³³⁶.

Para John Cibinic, James Nagle e Ralph Nash, autores da obra *Administration of Government Contracts*, a gestão de contratos inclui todas as relações entre o poder público contratante e o particular contratado que emanam da performance do contrato, envolvendo todas as negociações entre as partes, desde a adjudicação do contrato até o momento em que o objeto do contrato é finalizado e aceito, o pagamento é realizado, bem como eventuais conflitos são encerrados³³⁷.

Partindo dos conceitos acima, percebe-se que a natureza das atividades que compõem a gestão do contrato, isto é, o conteúdo das medidas a serem adotadas a título de gestão, dependerão da relação contratual que for estabelecida, podendo demandar um maior ou menor envolvimento da Administração Pública nas atividades do contraente privado³³⁸. Não raro o contrato será por demais simples, de consumação instantânea, dispensando maiores esforços do gestor de contratos. Em contrapartida, há contratos que demandam outro tipo de atenção pela Administração Pública, seja em razão da complexidade do seu objeto, seja pela sua longa duração. O conteúdo das

³³⁴ Moreira, Sávio Henrique Damasceno. *Inobservabilidade na Gestão dos Contratos Administrativos: entre a derrocada e a reforma contratual*, p. 09.

³³⁵ Gonçalves, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 515-516.

³³⁶ Puil, John Van der; Weele, Arjan Van. *International Contracting: Contract Management in Complex Construction Projects*, p. 35.

³³⁷ Cibinic, John; et al. *Administration of Government Contracts*, p. 39.

³³⁸ Idem, p. 40.

medidas de gestão do contrato pode variar a depender do objeto da relação contratual. Estas medidas, em geral, não se encontram pré-definidas em lei, mas sim, amoldam-se às especificidades de cada caso. Neste sentido, Pedro Costa Gonçalves afirma que a atividade de gestão de contratos é complexa e multifacetada³³⁹, sendo difícil encerrar toda a sua noção em uma curta definição.

Quanto às finalidades da gestão de contratos administrativos, conforme já defendido em outro trabalho³⁴⁰, podem ser resumidas da seguinte forma: (i) revelar informações quanto ao adimplemento do contrato; (ii) adotar ou apontar medidas que visem o seu adimplemento; (iii) solucionar conflitos de interesses entre as partes; (iv) adaptar o contrato ao contexto histórico e à experiência; (v) garantir maior eficiência ao contrato.

Pelo que se percebe, a atividade de gestão dos contratos administrativos está intimamente ligada ao tema da informação. Apesar de complexa, e não podendo ser encetada em uma fórmula rígida, a gestão de contratos possui um eixo central, qual seja, o de uma administração baseada em evidências. Gerir o contrato é reconhecer a importância dos processos decisórios que são compreendidos pela execução dos contratos; esse reconhecimento, por sua vez, demanda a tomada de meta-decisões no que tange à instituição de mecanismos de informação, a fim de que os processos decisórios sejam baseados na melhor evidência possível. É o reconhecimento, por exemplo, de que deve o contratante acompanhar o fiel adimplemento do contrato e, se for necessário, impor as sanções cabíveis (tomada de decisão quanto à imposição de sanção); para tanto, deve o contratante, antecipadamente, instituir meios que o permitam observar o adimplemento do contrato (meta-decisão quanto à instituição dos mecanismos de aquisição de informação).

A atividade de gestão leva à superação dos efeitos deletérios do enquadramento, uma vez que questiona, de antemão, a capacidade do contratante em observar o adimplemento do contrato, bem como compreende o planejamento sobre como superar a situação, ponderando riscos e custos. A gestão do contrato compreende a análise crítica: (a) da suficiência da quantidade e qualidade das informações então disponíveis; (b) da eventual necessidade de instituição de

³³⁹ Gonçalves, Pedro Costa. *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, pp. 17-18.

³⁴⁰ Moreira, Sávio Henrique Damasceno. *Inobservabilidade na Gestão dos Contratos Administrativos: entre a derrocada e a reforma contratual*, p. 15.

mecanismos de aquisição de informação; (c) dos custos e riscos que envolvem a instituição destes mecanismos.

A gestão dos contratos admite que (a) as informações não são plenas e nem facilmente adquiridas, bem como que (b) a mente humana é muitas vezes irracional e limitada quanto ao armazenamento e processamento de informações. Por consequência, reconhece os efeitos do enquadramento e busca estabelecer os seus limites, para de forma estratégica os superar. Mais uma vez, vale dizer: a gestão dos contratos é uma busca pela administração baseada na melhor evidência possível. Deixa-se de lado decisões precipitadas, fundadas na intuição e em sentimentos pessoais, para dar lugar à técnica e à evidência.

A administração baseada em evidências é o reconhecimento de que o mundo é complexo, friccional, com grande fluxo de informações que envolvem custos e riscos³⁴¹. Tendo como premissa tais dificuldades, busca-se superá-las com base na técnica da gestão³⁴². No que diz respeito à administração baseada em evidências e ao reconhecimento da importância do tema da informação, será melhor explorado nas linhas abaixo.

5.2 Administração Baseada em Evidência

A necessidade de meta-decisões quanto à instituição de mecanismos de aquisição de informação advém do reconhecimento da imprescindibilidade de uma administração baseada na melhor evidência possível. É possível verificar que o tema da informação ganha espaço à medida que as sociedades se tornam mais complexas, com maior fluxo de informações, maior grau de riscos e elevados custos.

À medida que o tempo passa as sociedades de forma geral se transformam. As circunstâncias em que se vive hoje não são as mesmas de ontem, e igualmente se diferem daquelas de amanhã. Os investimentos em pesquisa e desenvolvimento permitem um grau cada vez maior de eficiência, em diversos aspectos. A qualidade de vida, em geral, avança cada dia mais. Novas ferramentas e novos meios surgem a todo momento, permitindo uma constante evolução na forma como as pessoas exercem as suas atividades.

Dentre todas as transformações que vem sendo operadas recentemente, talvez a mais exponencial delas esteja relacionada ao campo da informação. A evolução da

³⁴¹ Martins, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas*, p. 599.

³⁴² Bibas, Stephanos. *Prosecutorial Regulation versus Prosecutorial Accountability*, p. 963.

tecnologia e inovação trouxe ferramentas formidáveis à sociedade, alcançando um número razoável de pessoas. Supercomputadores que cabem na palma da mão, amplo acesso à internet, redes sociais e colaborativas, dentre várias outras novidades. A capacidade das pessoas de produzir, consumir, armazenar e processar informações nunca foi tão alta.

Ante a evolução tecnológica, a capacidade dos computadores tem dobrado a cada dezoito meses nos últimos anos. O custo de transmissão de informações a longa distância é ínfimo, e praticamente negligenciável; a quantidade de informação que pode ser transmitida no mundo virtual aparenta ser infinita. O crescimento da *Internet* e da *World Wide Web* tem sido exponencial, e o seu tráfico de informações dobra a cada cem dias³⁴³.

A capacidade do ser humano de relacionar-se e viver em sociedade depende basicamente de comunicação, e naturalmente, as grandes mudanças que a humanidade experimenta derivam de descobertas tecnológicas relacionadas à comunicação³⁴⁴. O que diferencia o ser humano dos demais seres vivos é sua capacidade de cooperar com flexibilidade e em grandes grupos³⁴⁵. Cooperação significa diálogo, intercâmbio de ideias, consenso. Isto posto, quanto mais aprimorado forem os meios para a troca e aquisição de informações, mais cooperação é viabilizada, e consecutivamente mais desenvolvimento.

5.2.1 Tomada de Decisão Baseada em Evidência

Na década de 1990 o médico americano-canadense Dr. David L. Sackett deu início a um movimento que atingiria em cheio o *establishment* das ciências médicas: a denominada medicina baseada em evidência. Nas suas palavras, fez a seguinte definição: “*Evidence based medicine is the conscientious, explicit, and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients*”^{346,347}.

³⁴³ Keohane, Robert O; Nye, Joseph. *Power and Interdependence in the Information Age*, p. 83.

³⁴⁴ Rodríguez Darío; et al. *Information technology within society's evolution, Technology in Society*, p. 7.

³⁴⁵ Harari, Yuval Noah. *Why humans run the world*.

³⁴⁶ Na tradução livre do autor: “Medicina baseada em evidências é o uso consciente, explícito e criterioso das melhores evidências atuais na tomada de decisões sobre o atendimento de pacientes individuais”.

³⁴⁷ Sackett, D. L.; et al. *Evidence based medicine: what it is and what it isn't*, p. 71.

A princípio, é possível ter a impressão de se tratar de uma afirmação por demais óbvia, desacompanhada de qualquer novidade. Afinal, a medicina, assim como as demais ciências, encontra sustentação no conhecimento produzido e acumulado por anos de trabalhos acadêmicos e experimentos. Engana-se quem se satisfaz apenas com essa noção preliminar.

O clamor pelo exercício de uma atividade baseada em evidência significa levar as informações a sério. Não basta que o agente esteja desempenhando função em uma seara eminentemente científica. Não só. É preciso que as tomadas de decisão, individualmente consideradas, encontrem fundamento na melhor e mais recente evidência possível. E não é assim que todos agem? Ao menos na seara médica, pesquisas recentes apontam que não. Alguns estudos mostram que apenas cerca de 15% das condutas médicas são baseadas em evidências. Na maioria das vezes, os médicos confiam: (a) no conhecimento obsoleto adquirido na universidade, (b) nas tradições duradouras, mas que nunca foram comprovadas, (c) nos padrões adquiridos com a experiência, (d) nos métodos em que eles acreditam e que são mais hábeis em aplicar, (e) nas informações repassadas por fornecedores de produtos e serviços da área médica³⁴⁸.

Na linha dos ensinamentos de Jeffrey Pfeffer e Robert I. Sutton³⁴⁹, é possível identificar algumas razões pelas quais a tomada de decisão baseada na melhor e mais recente evidência possível se torna, por vezes, tarefa árdua: (a) há excesso de evidência: a quantidade de informação à disposição do profissional é muito superior à capacidade de consumi-la (para ilustrar, tenha-se a imensa quantidade de artigos científicos publicados todos os dias nas várias revistas acadêmicas existentes); (b) não há boa evidência o suficiente: paralelo ao excesso de informação, nem sempre se encontra informação suficiente e confiável sobre determinados temas; (c) a evidência existente nem sempre é aplicável: por vezes o que existe são meias-verdades, aplicáveis apenas a casos e circunstâncias específicas; (d) pessoas tentam enganar outras pessoas: agentes distintos podem ter incentivos diferentes, a exemplo, o consultor que recebe por consultoria prestada, e não pelo resultado alcançado; (e) auto-sabotagem: as escolhas de um indivíduo nem sempre são racionais, sendo que muitas vezes a boa evidência é ignorada para dar lugar à técnica mais fácil ou à que o profissional mais domina; (f) os efeitos colaterais sobressaem à cura: muitas vezes as

³⁴⁸ Pfeffer, J., & Sutton, R. I. *Evidence-based management*, p. 1-2.

³⁴⁹ Idem, p. 2-8.

evidências apontam para determinada conduta, mas as externalidades negativas são pouco consideradas; (g) o poder persuasivo das narrativas: as narrativas possuem alto poder de persuasão, sendo importante ferramenta se utilizadas corretamente, todavia, podem desvirtuar de forma imprópria o tomador de decisão, distanciando-o da informação que realmente importa.

Por conseguinte, percebe-se que o fato de existirem informações em abundância não significa que são utilizadas da forma mais eficiente possível, ou sequer que são utilizadas. Recorrer à boa evidência exige um certo grau de esforço, não sendo possível presumir que “todos já estão fazendo isso”³⁵⁰. O clamor por uma tomada de decisão baseada em evidência pretende lançar luz justamente no fato de que a melhor e mais recente evidência, apesar de estar à disposição, nem sempre é utilizada.

A proposta de repensar a medicina e reavaliar a conduta médica ganhou ainda mais força no ano de 2016, quando foi publicado no *The BMJ* o artigo intitulado *Medical error - the third leading cause of death in the US*. Segundo os autores o erro médico seria a terceira maior causa de mortes nos Estados Unidos da América, ficando atrás apenas das doenças cardíacas e do câncer³⁵¹. Nos termos do artigo a iatrogenia – dano causado ao paciente pelo médico – tem como causa falhas de comunicação, erros de diagnóstico, julgamento deficiente e inabilidade na conduta médica.

O exemplo médico nos mostra que, por vezes, a atuação profissional encontra-se descolada da realidade. Existe uma distância entre o exercício de uma atividade e a transformação ocorrida na sociedade. Em muitas searas é possível presenciar tremendo avanço tecnológico, fundado em anos de estudos, investimentos e evolução; contudo, tanto esforço investido por vezes não consegue atingir o seu objetivo, assim como o náufrago que nada uma longa distância, contudo, morre ao chegar na praia.

De outro lado, as tecnologias da informação hoje existentes conseguem ajudar na superação dos problemas relacionados à deficiência nas tomadas de decisão. Se de um lado a mente humana é irracional e limitada, de outro lado existem meios que permitem diminuir essa lacuna. Para tanto, faz-se necessário: (a) o reconhecimento dos limites do processo decisório, bem como a (b) criação de meios e técnicas, com o

³⁵⁰ Sackett, D. L.; et al. *Evidence based medicine: what it is and what it isn't*, p. 72.

³⁵¹ Makary, Martin A.; Daniel, Michael. *Medical error – the third leading cause of death in the US*, p. 1-5.

uso da tecnologia da informação, que superem estes limites. O movimento que se denomina medicina baseada em evidência vai justamente neste sentido. E mais, não se trata de um raciocínio aplicado apenas às ciências médicas.

A medicina baseada em evidência permite extrair uma conclusão valiosa ao presente trabalho: a capacidade de produzir, transmitir, armazenar e processar informações atingiu um nível tão alto que está agora transformando a maneira como se encara o problema da saúde. Não se trata do avanço das técnicas médicas, as quais evoluem progressivamente há anos. Trata-se, em verdade, de uma nova abordagem das ciências médicas viabilizada pela evolução da tecnologia da informação.

O que há de novo é o fato de se conseguir aferir, em larga escala, quais condutas os médicos estão adotando na prática, quais medicamentos são receitados, quais tratamentos são indicados, quais decisões são tomadas, e quanto de informações sobre o paciente estavam disponíveis quando desta tomada de decisão. A força motriz da transformação operada pelo movimento é a quantidade de informação disponível, isto é, o prontuário eletrônico, os cadastros informatizados de pacientes, o controle digital de dispensação de medicamentos, e os sistemas dos hospitais ligados em rede.

Ainda, a evolução tecnológica nos permite hoje aferir a realidade de forma como nunca antes vista. É possível coletar dados não só da conduta profissional médica, mas também dos reais impactos que ela impinge na sociedade. Essa nova possibilidade, trazida pela tecnologia da informação, demanda um aumento de responsabilidade por parte do médico. Não basta um olhar focal sobre o paciente, mas sim, é necessário buscar todas as evidências possíveis. Isto é, sua atuação não se esgota na prescrição da conduta orientada pela técnica médica; ante a quantidade de informação disponível, cabe ao profissional entender a realidade que se impõe e prescrever a solução que melhor tem a capacidade de transformar esta realidade.

As críticas elencadas pelos defensores da medicina baseada em evidência, em grande parte, aplicam-se também às decisões tomadas no seio da Administração Pública. Ou seja, a partir do momento em que a tecnologia da informação permite uma maior aferição da realidade, cabe ao agente público fundamentar suas decisões na melhor evidência possível. Em resumo, é dizer que mais informação implica maiores responsabilidades.

5.2.2 *Mais Informação, Maiores Responsabilidades*

Conforme anteriormente afirmado, grandes mudanças na humanidade estão relacionadas com a evolução da tecnologia da informação. O aumento na capacidade de produção, transmissão, armazenamento e processamento de informação importa, necessariamente, um novo olhar sob a forma como se pretende atingir os fins desejados.

Atualmente vive-se em um mundo essencialmente digital, onde diversas atividades são executadas virtualmente. Os *smartphones*, *notebooks*, *tablets*, e *gadgets* em geral tornaram-se ferramentas essenciais no dia-a-dia de grande parte da população.

Toda movimentação virtual, por sua vez, é uma forma de produção de dados. Dados são gerados a todo instante por meio de cliques, curtidas em mídias sociais, compartilhamentos, viagens, transações, conteúdos de *streaming*, e muito mais. A palavra-chave inserida em um buscador (tal como *Google* ou *Bing*) a fim de pesquisar determinada informação é uma informação em si mesma, permitindo revelar tendências de uma determinada comunidade³⁵². Até mesmo a movimentação do cursor do *mouse* na tela do computador é um dado gerado pelo usuário e que pode ser usado para extrair conhecimento, possibilitando que um algoritmo distinga um ser humano de um robô³⁵³.

A companhia de softwares Domo lançou em 2019 a sétima edição de seu relatório *Data Never Sleeps*³⁵⁴, onde revela a quantidade de informação gerada a cada minuto daquele ano, e os números impressionam. Em média, a cada minuto, 277.777 *stories* são postados no *Instagram*, 511.200 *tweets* são enviados pelo *Twitter*, 390.030 *downloads* de aplicativos são realizados, 4.500.000 vídeos são assistidos no *Youtube*, 4.497.420 pesquisas são realizadas pelo *Google*, 9.772 viagens são realizadas pela *Uber*, 1.389 reservas são feitas pelo *AirBnb*, e 18.100.000 mensagens de texto são enviadas. Somado a isso estima-se que 56,1% da população mundial tenha acesso à *internet*, o que equivale a 4,39 bilhões de pessoas – 9% a mais do que a estimativa de janeiro de 2018.

³⁵² Stephens-Davidowitz, Seth. *Everybody Lies*, posição 118 (edição kindle).

³⁵³ Ganjoo, Shweta. *Facebook confirms that it tracks how you move mouse on the computer screen*, Shweta Ganjoo.

³⁵⁴ Domo. *Data Never Sleeps 7.0*.

A gigantesca capacidade de produção de informação conduz ao conceito de *big data*, o qual está ligado a três principais características, denominadas de os três V's: volume, variedade e velocidade³⁵⁵. Conforme lição de Amir Gandomi e Murtaza Haider³⁵⁶, volume se refere à magnitude do dado, cujo tamanho é reportado em múltiplos *terabytes* e *petabytes*; variedade se refere à heterogeneidade estrutural de um conjunto de dados, isto é, podem existir dados estruturados (dados entabulados em planilhas, por exemplo), semi-estruturados ou não-estruturados (i.e., imagens, áudios e vídeos); velocidade se refere à rapidez com que esse dado é gerado e com que merece uma reação positiva.

Essa imensidão de informação produzida permite que algumas trilhas de dados sejam percorridas, levando a conhecimentos sobre o comportamento dos indivíduos. Ante o tamanho, velocidade e heterogeneidade dos dados é quase impossível que sejam analisados manualmente e se consiga um resultado satisfatório. Assim, ferramentas e técnicas por meio de algoritmos, redes neurais e estatística³⁵⁷ estão sendo utilizadas para garimpar este universo de informação. Este conjunto de técnicas é denominado mineração de dados (ou *data mining*), vastamente utilizada nos dias de hoje para orientar decisões nas searas do varejo em geral, marketing, gestão de relacionamento com o cliente, instituições financeiras, seguros, pesquisas científicas e sistemas de saúde³⁵⁸.

Trilhas de dados levam a conhecimentos surpreendentemente reveladores³⁵⁹. A companhia *Target*, por exemplo, já usou mineração de dados para descobrir se suas clientes estavam gestantes ou não, antes mesmo que elas quisessem compartilhar essa informação³⁶⁰. Na ocasião, a equipe de *marketing* da empresa pretendia enviar publicidade especialmente pensada para gestantes quando as mulheres estivessem no segundo trimestre da gestação, época em que as futuras mães iniciam as compras para a espera da criança. A acuidade da empresa é tamanha que, em Minneapolis,

³⁵⁵ Laney, Doug. *3-D data management: Controlling data volume, velocity and variety*.

³⁵⁶ Gandomi, Amir. Haider, Murtaza. *Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics*, pp. 137-144.

³⁵⁷ Cetax. *Data Mining: o que é, conceito e definição*.

³⁵⁸ Rahman, Nayem. *Data Mining Techniques and Applications: A Ten-Year Update*, p. 78.

³⁵⁹ Stephens-Davidowitz, Seth. *Everybody Lies*, posição 115 (edição kindle).

³⁶⁰ Duhigg, Charles, *How Companies Learn Your Secrets*.

protagonizaram um caso emblemático: revelaram ao pai de uma jovem garota que ela estava grávida antes que ela mesma pudesse revelar o fato para a sua família³⁶¹.

O exemplo da *Target* e da jovem gestante é provocante, pois revela o quanto a era da informação expandiu fronteiras. A evolução é possível em diversas outras áreas, e não apenas relativa ao marketing. Volta-se, pois, ao exemplo da medicina. Numa época em que é possível trilhar dados para perseguir o comportamento do paciente, porque deveria a medicina contentar-se com a prescrição médica, sem preocupar-se com o que efetivamente será feito pelo paciente? Não poderiam os médicos, trilhando informações sobre o real comportamento dos pacientes, prescrever uma conduta ou executar projetos que melhor tivessem condições de alterar a realidade?

Na tentativa de repensar a medicina, o médico e pesquisador da *New York University's Men's Health Initiative*, Joseph Ravenell³⁶², constata que, na prática, é possível que o barbeiro tenha maior autoridade do que o médico na hora de ditar ao paciente o que fazer para melhorar sua saúde. Tal situação ocorre quando o paciente, sentado na cadeira do barbeiro, diz frases do tipo “você não acredita o que meu médico me disse para fazer...”. Pesquisas apontaram a necessidade de estratégias de intervenção na própria comunidade; isto é, não basta a ciência descobrir que o sal eleva a pressão arterial para que posteriormente o médico revele este conhecimento ao paciente; mas sim, é preciso que estratégias sejam aplicadas voltadas à transformação da realidade. No caso do exemplo acima foram propostas ações direcionadas aos barbeiros da comunidade, a fim de que fossem orientados sobre noções básicas de saúde e, conseqüentemente, pudessem exercer boa influência sobre os pacientes. A busca pela efetividade na conduta médica passa não somente pelo conhecimento voltado às técnicas terapêuticas, mas também pela realidade do paciente, seu comportamento, suas crenças, preferências e circunstâncias. Para tanto é preciso informação.

A situação acima exemplifica de forma clara que a descoberta da solução de um problema não significa, necessariamente, que o problema se encontra solucionado. Existe uma lacuna entre a descoberta da solução e a transformação da realidade, a qual constitui a implementação da solução; insignificante para muitos, entretanto,

³⁶¹ Hill, Kashimir. *How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did*.

³⁶² Ravenell, Joseph, *Could Barbershops Become The New Doctor's Office?*

pode ser a etapa que impede a efetiva resolução do problema. Tal a necessidade de se dar atenção à implementação da solução – e ante a sua dificuldade – que já se fala, atualmente, em *implementation science*, na tradução livre, ciência da implementação. Implementar soluções é uma verdadeira ciência, cuja essência é colocar as evidências em prática³⁶³. Esta nova ciência procura compreender as razões para a aplicação lenta ou incompleta de intervenções benéficas, bem como desenvolver processos e métodos que acelerem a adoção deste conhecimento de investigação sobre as melhores práticas na realidade³⁶⁴.

Os estudos relativos à ciência da implementação revelam que a abordagem mecanicista e linear da ciência possui aplicação limitada no que tange a sistemas sociais complexos³⁶⁵. Ou seja, apesar de enormes avanços quanto às soluções descobertas, faltam evidências que deem suporte à implementação destas soluções; em suma, há uma insuficiência de informações, seja quanto ao cenário onde se implementará a solução, seja quanto às pessoas envolvidas.

No que tange à execução dos contratos públicos se aplica a mesma lógica. O Direito é essencialmente humano, e tem como finalidade permitir que as pessoas se relacionem em sociedade; assim, pode ser entendido como uma tecnologia de convivência social. Os institutos jurídicos, e toda a sua construção dogmática, são produtos da ciência jurídica, fruto do esforço – muitas vezes inovador – daqueles que se debruçaram sobre o tema. O reconhecimento do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito, as ideias relativas à supremacia do interesse público, as prerrogativas que distinguem o público do privado, bem como os poderes de conformação nas relações contratuais, são fruto de um amadurecimento muito grande de doutrinas, debates e dispositivos legais. São soluções jurídicas sofisticadas para problemas complexos da sociedade. Acontece que as soluções jurídicas também padecem do problema da implementação.

Implementar soluções jurídicas, ou seja, fazer com que transformem a realidade, é uma ciência à parte. Ciência esta que depende de evidências, da coleta de dados e informações quanto ao cenário em que ela se aplica e às pessoas envolvidas. De nada adianta a descoberta da solução sem implementação; afinal, não basta ao

³⁶³ Bratithwaite, Jeffrey; et al. *When complexity science meets implementation Science*, p. 3 ss.

³⁶⁴ Weinert, Craig; et al. *The science of implementation*, p. 460.

³⁶⁵ Bratithwaite, Jeffrey; et al. *When complexity science meets implementation Science*, p. 1 ss.

jurista que torne o Direito justo, mas sim, deve buscar tornar o mundo justo com base no cumprimento do Direito.

A partir do momento em que as sociedades se tornam complexas e a implementação das soluções se revelem cada vez mais difíceis, desponta uma maior responsabilidade no que diz respeito ao tema da informação. Ou seja, revela-se a responsabilidade de uma atuação baseada em evidência.

5.2.3 *O Problema da Implementação*

A guinada de perspectiva que clama por ações baseadas em evidência encontra analogia em diversas outras áreas do conhecimento. A tecnologia da informação permite lançar novos olhares sobre diferentes problemas. Não basta descobrir a relação de causa e efeito entre uma solução e um problema, entre o remédio e a doença. É preciso entender a realidade e entregar a solução de forma que a cura se efetive da melhor maneira possível. É preciso transformar a realidade com a efetiva implementação da solução.

Este novo modo de enfrentamento do problema não se contenta com a forma, mas sim, valoriza o conteúdo. Busca resultados práticos, efetivos, que transformem a realidade. Não basta à Administração Pública a previsão de poderes de conformação; é necessário que tenha meios de implementar esses poderes. Para tanto, o acesso a dados confiáveis é fundamental. Informação é essencial para boas tomadas de decisão. Caso não haja um mínimo necessário de dados, não é possível que externalidades negativas sejam identificadas e internalizadas. Permite-se que os custos de uma transação recaiam mais sobre uns do que sobre outros. Ainda, é consenso que a ausência de informação pode levar a falhas de mercado, à falência de sistemas legais, além de dificuldades no âmbito regulatório³⁶⁶.

No que tange à execução dos contratos públicos, a mesma mudança de perspectiva se impõe. A fim de remediar os reveses da fuga para o direito privado, foram criados poderes de conformação para a Administração Pública. A relação contratual foi desequilibrada no momento em que a lei permitiu ao poder público que, de forma unilateral, force a imposição de sua vontade. Para superar eventuais pretensões resistidas, permite-se que o ente público faça vencer a sua vontade. Os poderes de conformação são, portanto, o remédio para eventuais mazelas oriundas das contratações públicas.

³⁶⁶ Esty, Daniel C. *Environmental Protection in the Information Age*, p. 121-122.

Ocorre que, na linha do que se discorreu até aqui, tal análise sofre de um mal grave. Falta ponderar a importância da informação. Falta valorizar o espaço vazio que existe entre o problema e a solução, qual seja, a implementação da solução. Assim como se verifica em outras áreas, é importante garantir que as tomadas de decisão na seara pública sejam baseadas nas melhores e mais recentes evidências possíveis. Por conseguinte, defende-se no presente trabalho que os reveses das contratações públicas não são eliminados tão somente pela concessão à Administração Pública de poderes de conformação, por se tratar de um enquadramento superficial e incompleto do problema. Há, aqui, uma pressuposição falaciosa, no sentido de que haveria para o gestor público informações suficientes que pudessem embasar sua tomada decisão. Em outras palavras, desconsidera-se todas as dificuldades relacionadas à implementação.

De nada adianta conferir força ao agente público se este não sabe em qual direção deve impingir esta força. Metaforicamente, a Administração Pública se assemelha a um gigante que, de olhos vendados, não sabe o sentido para onde deve caminhar. O problema se afigura ainda mais grave quando se traz à mente o fato de que nas contratações públicas o agente público não contrata para satisfazer interesses próprios, mas sim, visa interesses da sociedade. Acontece que a revelação das políticas que devem ser adotadas depende de informações sobre os usuários, o que eles fazem e quem eles são³⁶⁷. Contratações públicas possuem o condão de assumir elevado grau de complexidade, o que faz com que o problema de acesso à informação se afigure uma questão central.

Quem possui poderes especiais precisa saber exatamente o que fazer com estes poderes. A abordagem do tema da execução dos contratos públicos, quando se restringe aos poderes de conformação, subtrai uma questão preliminar essencial. À medida em que o contrato público é executado, a Administração Pública carece de adquirir informações sobre o desenvolvimento desta execução. Afinal, se não é ela a executora direta da atividade, se não possui o domínio do fato, necessita de meios para acessar informações referentes ao que está ocorrendo. Pressupor clarividência é por demais ingênuo.

Antes dos poderes de conformação, como pressuposto lógico, é preciso ponderar se os meios que a Administração Pública utiliza para aquisição de

³⁶⁷ Mirrlees, James A. *Notes on Welfare Economics, Information, and Uncertainty*, p. 24.

informação são realmente adequados. Em outras palavras, é preciso que a Administração Pública detenha informações suficientes sobre a execução do contrato para que possa posicionar-se de maneira coerente. Afinal, a existência de poderes de conformação possibilita um cardápio de opções à Administração Pública, tais como alteração do clausulado, rescisão do contrato, ou retomada do protagonismo da atividade. A tomada de decisão sobre a utilização ou não dos poderes de conformação, e em caso positivo, de que forma os utilizar, depende de a Administração Pública deter informações suficientes sobre o atual panorama, bem como a melhor forma de o corrigir.

Caso os meios de aquisição de informação à disposição da Administração Pública não sejam adequados, sua reação a uma eventual falha na execução do contrato resta gravemente comprometida. Ainda que a execução de um contrato público faça com que a sociedade externe uma notória insatisfação, a qual clama por um retorno da Administração Pública, a ausência de informações adequadas entorpece qualquer capacidade de resposta.

É o caso, por exemplo, de um contrato de concessão de serviço de transporte público rodoviário urbano. Ainda que a sociedade clame por melhorias no serviço prestado, e ainda que a Administração Pública tenha poderes para, unilateralmente, rescindir ou modificar o clausulado, ou até mesmo retomar o serviço, é possível que a solução para o problema não se afigure viável. A ausência de informações adequadas quanto à execução do contrato impede a Administração Pública de verificar o seu fiel adimplemento. Dessa forma, não será possível identificar se a má prestação do serviço decorre de negligência do contratado, de fatores externos que incidem na execução do contrato, ou da má elaboração do quanto disposto no clausulado.

Continuando no exemplo do transporte público rodoviário urbano, a aferição de adimplemento do contrato carece de algumas informações essenciais, tais como quantidade de veículos em operação, quilometragem percorrida, quantidade de passageiros transportados, condição dos veículos, dentre outras. Para estimar o valor da tarifa de transporte, por sua vez, a Administração Pública deve enveredar-se em área ainda mais técnica, perquirindo custo de pneu por quilômetro rodado, custo de mão-de-obra, custo de óleo diesel, vida útil da frota, e planejamento de manutenção. Por fim, para conseguir desenhar o traçado das linhas de forma adequada, é preciso que o gestor público conheça a sua cidade, os aglomerados populacionais, os fluxos

de pessoas, as demandas de origem e destino, os modais utilizados por cada porcentagem da população e por área, dentre diversos outros fatores.

O exemplo do transporte é representativo por ter sido o estopim de protestos populares em alguns países, a exemplo das “manifestações dos 20 centavos”³⁶⁸ no Brasil em junho de 2013 e do aumento da tarifa do metrô que eclodiu protestos no Chile em outubro de 2019³⁶⁹. Trata-se de um serviço público muito presente na rotina do cidadão, bastante visível, e talvez por isso seja tão apelativo. A grande questão que se coloca é: qual reação poderia ter o poder público no sentido de melhorar o serviço de transporte caso não esteja monitorando de forma adequada as variáveis acima citadas? Conseguiria ele identificar se o problema deriva de inadimplência por parte do contratado, de fatores externos que intervêm no serviço, de mal planejamento ou de ineficiência do clausulado?

Posto desta forma, fica claro que a existência de poderes de conformação, tão só, não é suficiente para que a Administração Pública atinja os fins desejados. O cerne da questão passa a ser outro, qual seja: de que forma a Administração Pública adquire informações sobre a execução do contrato? O ponto nevrálgico, portanto, passa a ser a capacidade da Administração Pública de acompanhar a execução do serviço público que foi transferido a terceiro mediante o instrumento do contrato. É preciso perquirir quais os mecanismos de aquisição de informação são utilizados pelo contraente público.

É falaciosa a análise que desconsidera a capacidade de aquisição de informação e os efeitos deletérios do desequilíbrio informacional entre os agentes envolvidos. Urge, portanto, que a análise da distribuição informacional esteja no centro do debate. O que se defende no presente trabalho segue neste sentido: é necessário entender o problema sob o prisma da implementação, com o reconhecimento da importância da informação para a tomada de decisões. Poder não é só a possibilidade de impingir força legítima, mas também, tem poder aquele que detém mais informação.

5.3 Tomada de Decisão Simples e Tomada de Decisão Complexa

A esta altura, é importante repisar que os efeitos do enquadramento, o problema da implementação e a importância das meta-decisões é relativo à

³⁶⁸ Wikipedia. *Jornadas de Junho*.

³⁶⁹ Terra. *Como alta em tarifa de metrô detonou maior onda de protestos em décadas no Chile*.

complexidade do processo decisório. No caso dos contratos administrativos, depende da complexidade da relação contratual, conforme foi explorada no Capítulo 4.

Considerando que a aquisição de informação durante a execução dos contratos implica custos de oportunidade, vale distinguir que, a depender do grau de complexidade do contrato, estes custos podem ser de maior ou menor monta. Contratos complexos implicam decisões complexas, com altos custos de oportunidade. Contratos mais simples, por sua vez, induzem a decisões mais simples, com custo de oportunidade relativamente baixo.

No caso de contratos simples, de baixa complexidade, a análise aprofundada dos mecanismos de aquisição de informação torna-se desnecessária, pois a observabilidade se dá mediante baixo custo. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que não há distância física significativa entre o fiscal e o objeto do contrato, bem como quando as qualidades do objeto são facilmente verificáveis. Para ilustrar, tenha-se a compra de aparelhos celulares pela Administração Pública. Via de regra, aparelhos celulares são produzidos por marcas renomadas, com alguma confiança já estabelecida no mercado; tais marcas subdividem seus produtos em modelos, os quais seguem um padrão de características técnicas. Assim, na compra de duzentos celulares, é relativamente fácil que seja designado um fiscal do contrato com a missão de: (a) contabilizar os duzentos aparelhos celulares e (b) verificar se todos pertencem à marca e modelo pré-estabelecidos. No que tange à observabilidade, contratos simples implicam uma decisão simples; muitas vezes, até mesmo intuitiva. Considerando o exemplo acima, basta a designação de um fiscal do contrato, responsável pela assinatura do termo de recebimento do produto, o qual irá tão somente verificar a quantidade do produto recebido, sua marca e modelo. Para tanto, independe qualquer qualificação técnica, por se tratar de uma tarefa simples.

Ainda, nos contratos simples, pode-se dizer que existe um alto grau de observabilidade, que tende a uma observabilidade absoluta. Se num contrato de compra e venda existe para o contraente privado a obrigação de entregar duzentos celulares de marca e modelo pré-definidos até um determinado período, a presença do fiscal do contrato no momento da entrega do produto garante que seja verificado por completo o adimplemento da prestação. Não se trata de uma verificação por amostragem, ou de parte das prestações do contrato; ao contrário, nos contratos simples permite-se a observabilidade de todas as prestações (a qual pode ser apenas uma) e em toda a sua inteireza.

Importante ressaltar que, a rigor, não existe uma observabilidade absoluta, e por isso mesmo é prudente limitar-se a dizer que nos contratos simples existe uma observabilidade que apenas tende a absoluta. Ainda que se trate de uma prestação contratual simples, qual seja, entrega de celulares de marca pré-definida, e ainda que a verificação da quantidade de aparelhos e suas respectivas marcas seja relativamente fácil, o grau de observabilidade apenas se aproxima do absoluto. Pode-se imaginar que, utilizando-se de engodo ou ardil, o contratado entregue aparelhos celulares contrafeitos, falsificados, em desrespeito à marca original e sem a qualidade originalmente pretendida. Ainda, pode-se cogitar que fato desta natureza apenas venha a ser apurado no futuro, com o uso constante do aparelho, e não na data da entrega. Por isso mesmo, em razão da possibilidade de fatos desta natureza, é que se pode pensar apenas em uma observabilidade que tende a ser plena, e não uma observabilidade definitivamente absoluta.

Por fim, ainda quanto aos contratos simples, considerando que os recursos alocados para a aquisição de informação relevante não são vultosos, os custos de oportunidade envolvidos são relativamente baixos. Continuando no exemplo da compra dos aparelhos celulares pela Administração Pública, o fiscal do contrato, possível integrante dos quadros do ente público, demandará pouco tempo para que receba e verifique o material comprado quando da sua entrega; portanto, pouco desviará da sua função original, não gerando maior asoberbamento de trabalho.

Em síntese, contratos simples demandam uma (a) tomada de decisão simples quanto aos mecanismos de informação, (b) admitem um alto grau de observabilidade do cumprimento da execução contratual, bem como (c) implicam custo de oportunidade relativamente baixo.

Bastante diferente são os contratos administrativos complexos. Tendem a ser complexos aqueles contratos cujo cenário envolve uma (1) estrutura de mercado intrincada, onde há (2) multilateralidade na relação contratual, cujo (3) objeto do contrato seja arrevesado, (4) contratos de longo prazo, (5) contratos incompletos, (6) contratos relacionais, bem como (7) contratos que envolvem quantificação de risco. Nestes casos, a estrutura de incentivos presente para cada um dos agentes envolvidos, bem como os vieses de comportamento, tendem a ser mais complexos e mais difíceis de serem identificados. Ademais, existe probabilidade de grandes custos de informação envolvidos, o que faz com que os custos de oportunidade sejam igualmente elevados.

Quando se diz contratos complexos, é de se ter em mente, a exemplo, contrato de obra para construção de usina hidroelétrica, contrato de obra para construção de ponte marítima de grande extensão, contrato para exploração de reserva de petróleo, contrato para prestação de serviço de transporte ferroviário, contrato para prestação de serviço de iluminação pública, dentre vários outros.

Nestes casos, as prestações do contrato, à medida que são adimplidas, não são facilmente verificáveis. Não envolvem unidades facilmente quantificáveis, tais como aparelhos celulares, bem como suas características não são aferíveis de plano, tais como produtos de marca. A medição e aferição de qualidade pode envolver grande esforço e tempo, sem falar no impacto que pode provocar na performance da execução do contrato. No caso de obras de grande vulto, por exemplo, sua medição exige equipe técnica com expertise própria, serviço este que muitas vezes é terceirizado; ainda, a aferição de qualidade do produto utilizado pode envolver testes diversos com amostras, os quais não raro dependem de um laboratório próprio.

Neste sentido, pode-se dizer que a observabilidade da execução de um contrato complexo depende da criação de mecanismos de informação cuja estrutura e funcionamento não são tão óbvios. Nestes casos é preciso definir o agente que irá emitir ou produzir a informação, a quantidade e qualidade da informação, o meio pelo qual será transmitida, bem como o responsável pelo seu recebimento, processamento e armazenamento. No caso de um contrato de obra de ponte marítima, quem promoverá a fiscalização dos trabalhos desenvolvidos? Quais informações serão registradas? Em qual meio? Onde ficarão armazenadas? Quem fará a gestão dessa informação e a transformará em conhecimento útil capaz de orientar a Administração Pública em uma futura tomada de decisão?

Todas essas questões envolvem uma infinidade de possibilidades que impactam na capacidade da Administração Pública de observar o desenvolvimento do contrato. Além disso, as escolhas do contraente público quanto aos mecanismos de informação implicam custos. Afigura-se, portanto, uma relação necessária que se impõe entre custo da observabilidade e utilidade da informação adquirida. Dentre as inúmeras possibilidades à disposição da Administração Pública, cabe a eleição daquelas que apresentem melhor relação entre custo e benefício. Tratando-se de uma relação complexa, difícil de ser avaliada, e ante a ampla gama de opções, pode-se afirmar que a observabilidade de contratos complexos depende de tomadas de decisão complexas quanto à estipulação dos mecanismos de informação.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que nos contratos complexos o grau de observabilidade que se espera atingir é menor do que nos contratos simples. Conforme afirmado anteriormente, nenhum contrato possibilitará uma observabilidade absoluta. Contudo, se nos contratos simples o grau de observabilidade tende a ser pleno, no caso dos contratos complexos a expectativa de observabilidade está bem distante disso. Em regra, o controle da execução de um contrato complexo se dará por amostras, ou seja, apenas sob parte do todo executado. Além do alto custo envolvido na fiscalização da atividade, o risco de interferência na performance do contratado também pode ser grande. Desta feita, há de se reconhecer que contratos complexos, em regra, envolvem um controle por amostragem, sendo a expectativa de observabilidade em grau menor do que se espera nos contratos simples.

Por fim, há de se reconhecer que nos contratos complexos o custo de oportunidade relativo às escolhas realizadas quanto à instituição dos mecanismos de informação tende a ser mais elevado. Afinal, os custos de informação serão, em regra, elevados, e consequentemente assim também serão os custos de oportunidade. Numa relação contratual de grande vulto, alocar recursos em prol da aquisição de informação é um verdadeiro investimento. No cenário hipotético e ideal de informações plenas e facilmente acessíveis, esse investimento poderia ser direcionado a qualquer outro fim, e não aos mecanismos de informação.

Assim, ao contrário dos contratos simples, pode-se concluir que os contratos complexos envolvem uma (a) tomada de decisão complexa quanto aos mecanismos de informação, (b) geralmente permitem um grau de observabilidade apenas relativo, e (c) implicam altos custos de oportunidade.

6 Arquitetura dos Mecanismos de Aquisição de Informação

A evolução do trabalho até o momento demonstrou que não se pode presumir, nos contratos administrativos, que existe uma observabilidade plena por parte do contratante. O pressuposto de que existe pleno acesso às informações, sem que nenhum esforço seja dedicado a tanto, é um pressuposto falacioso. Ao contrário, o acesso às informações durante a execução do contrato é limitado, seja pelos custos da informação, pela arquitetura de incentivos disposta para os agentes envolvidos, bem como pelos vieses que condicionam o comportamento humano.

Ademais, vários são os fatores que aumentam o grau de complexidade dos contratos e, conseqüentemente, dificultam ainda mais o acesso à informação. A depender da (1) estrutura de mercado existente, da (2) multilateralidade da relação contratual, da (3) complexidade do objeto do contrato, do (4) longo prazo do contrato, da (5) incompletude do clausulado, da (6) existência de um contrato relacional, e da (7) necessidade de quantificação de risco envolvida, a dificuldade de aquisição de informação pode ser ainda maior. Tais fatores tendem a aumentar o custo de acesso à informação, bem como tornar ainda mais complicada a estrutura de incentivos e vieses existentes no cenário.

De outro lado, também foi dito que a aquisição de informações durante a execução dos contratos administrativos possui grande importância. No decorrer do desenvolvimento da relação contratual, o contratante carece de adquirir informações para: (a) garantir o adimplemento das prestações contratuais; (b) reduzir litígios; (c) adaptar o contrato ao contexto histórico; bem como (d) alocar recursos de forma eficiente. A ausência de informações impõe ao contratante uma condição de refém, dá azo a oportunismos por parte do contratado, bem como impede uma gestão adequada da execução do contrato.

Ante a situação de observabilidade limitada, bem como repisada a importância da gestão da execução dos contratos administrativos, cabe ao contratante recorrer a mecanismos de aquisição de informação. Em outras palavras, devem existir sistemas de comunicação que permitam que as informações desejadas sejam transmitidas ao contratante. A criação destes mecanismos, por sua vez, envolve um *trade-off*, uma troca, ao qual está sujeita a Administração Pública. Desta forma, é importante que o ente público dedique atenção aos mecanismos de informação a fim de implementar a sua eficiência, bem como ponderar os custos e benefícios da sua constituição e da sua estrutura.

No presente capítulo a aquisição de informações durante a execução dos contratos é reconhecida como um verdadeiro *trade-off*. Segundo ensinamentos de Marcílio Moreira de Castro, o termo *trade-off*, já incorporado ao vocabulário econômico brasileiro, significa “escolha entre opções antagônicas”³⁷⁰. Refuta-se a ideia de observabilidade plena e informação fácil, substituindo-a pela noção de que: (a) é necessária a criação de mecanismos de aquisição de informação eficientes; e (b)

³⁷⁰ Castro, Marcílio Moreira. *Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade*, p. 905.

a criação destes mecanismos possui custo, o qual deve ser ponderado com os benefícios esperados.

Em síntese, a observabilidade da execução dos contratos demanda uma meta-decisão por parte da Administração Pública, a qual precisa definir como irá promover a aquisição de informações, bem como até onde deve arcar com os custos desta aquisição. É possível falar, portanto, que cabe à Administração Pública a responsabilidade de gestão dos mecanismos de aquisição de informação. Ambas as questões, tanto sobre a (a) decisão de como promover a aquisição de informações, bem como sobre a (b) medida ótima da aquisição de informações, serão tratadas no presente capítulo.

6.1 Definição de Mecanismo de Aquisição de Informação

A observabilidade da execução dos contratos administrativos, notadamente aqueles de alta ou média complexidade, impõe à Administração Pública tomadas de decisão. Esta tomada de decisão versa sobre a instituição de mecanismos de aquisição de informação que permitam, durante a execução do contrato, que informações valiosas sejam reveladas ao contraente público. Assim, é salutar que seja dedicada atenção à definição e à estrutura destes mecanismos de aquisição de informação.

Quando este trabalho se refere a mecanismos de aquisição de informação, equivale dizer ao que se denomina – em especial na linguagem acadêmica de Ciência da Informação – de sistemas de informação (*information systems* - IS). Sistemas de informação são sistemas organizacionais que abrangem pessoas, máquinas e/ou métodos, cuja finalidade é coletar, armazenar, processar, transmitir e disseminar dados que podem representar informações valiosas para o usuário³⁷¹.

Conforme ensina Patricia Wallace, na obra *Introduction to Information Systems*³⁷², no coração de todas as organizações estão os seus sistemas de informação. E ainda que não se trate de grandes organizações voltadas à tecnologia e à informação (tais como *Google*, *Twitter*, *Microsoft* e *Facebook*), esta premissa não deixa de ser verdadeira. No ensinamento da autora, informação é um dos mais importantes recursos que uma organização pode ter; criar, capturar, organizar, armazenar, recuperar e analisar informações são atividades fundamentais para toda organização.

³⁷¹ Piccoli, Gabriele; et al. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*, p. 77.

³⁷² Wallace, Patricia. *Introduction to Information Systems – People, Technology and Process*, p. 2-3.

Por organizações, entenda-se todo grupo de pessoas estruturado e gerido para atingir uma determinada missão ou um grupo de objetivos. Quando se diz estruturado significa que as relações entre os membros da organização e suas várias atividades são bem definidas; existe uma definição de processos dentro da organização que distribui papéis, responsabilidades e autoridade a fim de que aquele grupo de pessoas possa atingir os seus objetivos. As organizações são sistemas abertos, que podem afetar e ser afetadas pelo ambiente em que estão inseridas³⁷³.

As organizações refletem a ideia de que um determinado grupo, para atingir seus objetivos, terá mais sucesso caso centralize as tomadas de decisão em uma autoridade central, a qual, por meio de um sistema hierárquico, será responsável pela distribuição de papéis, a fim de criar rotinas específicas. Opõe-se à ideia de difusão do poder entre os componentes do grupo, cenário este em que cada um, por sua própria conta, decide como e quando contribuir para a consecução do objetivo comum.

A reunião de pessoas em forma de organizações confere maior eficiência na consecução do objetivo comum, aumentando a probabilidade de que tenham sucesso se comparado à forma de ação descentralizada. Neste íterim, a estruturação do grupo assume grande importância, pois serão tão mais eficientes no exercício de suas atividades quanto mais eficiente for a estrutura que assumirem.

Joseph Valacich e Christoph Schneider, na obra *Information Systems Today: Managing in the Digital World*³⁷⁴, definem sistemas de informação (*information systems* – IS) como sendo a combinação de pessoas e tecnologia da informação com a finalidade de criar, coletar, processar, armazenar e distribuir dados valiosos. Por tecnologia da informação (*information technology* – IT) estaria compreendido *hardware*, *software* e redes de telecomunicação.

Importante ressaltar que *information systems* – IS e *information technology* – IT são termos distintos, com significados diferentes, e não se confundem³⁷⁵. Tradicionalmente, *information technology* – IT refere-se ao *hardware*, *software* e elementos de rede que compõem o sistema de informação³⁷⁶. Pode-se dizer que IT é um componente fundamental de um IS moderno, todavia, os termos não são sinônimos. Os atuais computadores digitais correspondem ao que se denomina

³⁷³ Stair, Ralph; Reynolds, George. *Principles of Information Systems*, p. 48.

³⁷⁴ Valacich, Joseph; Schneider, Christoph. *Information Systems Today*, p. 16.

³⁷⁵ Piccoli, Gabriele; et al. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*, p. 74.

³⁷⁶ Valacich, Joseph; Schneider, Christoph. *Information Systems Today*, p. 17.

information technology – IT; todavia, antes mesmo de existirem, os sistemas de informação já eram amplamente utilizados pelas organizações.

A distinção é de extrema importância uma vez que não se pode confundir investimento em sistemas de informação, por exemplo, tão só com a compra de novos computadores, ou simplesmente pela aquisição de uma nova tecnologia. Sistemas de informação é algo mais amplo, e refere-se a toda a estrutura responsável pelo fluxo da informação. Sistemas de informação compreendem, acima de tudo, o elemento humano; a tecnologia empregada é apenas um componente do sistema. A análise dos sistemas de informação como um todo vai além da mera tecnologia. Busca questionar não só os equipamentos utilizados, mas todos os elementos envolvidos, inclusive as pessoas existentes no cenário, suas responsabilidades e papéis afetados a cada uma.

Os mecanismos de aquisição de informação, cujo fim seja garantir observabilidade durante a execução dos contratos administrativos, sempre podem ser considerados um sistema de informação (*information system* – IS). Quando este sistema envolver tecnologia da informação (*information technology* – IT), ou seja, quando houver cognição humana e interação social mediada por tecnologia da informação, e não apenas pelo mundo natural, o sistema de informação pode também ser denominado de sistema sociotécnico (*sociotechnical systems* – STS)³⁷⁷.

Contratos simples, por vezes, dispensam a existência de computadores digitais e ferramentas de alta performance tecnológica para a promoção de sua observabilidade. Muitas vezes, o fluxo da informação dependerá tão somente de pessoas, as quais poderão comunicar-se pessoalmente, ante a possibilidade de proximidade física. De outro lado, não se cogita um contrato complexo, com alto grau de sofisticação, que dispense o elemento tecnológico.

Atualmente, raras serão as situações em que as pessoas irão se comunicar e interagir sem qualquer intermediação de uma tecnologia da informação. Ao contrário, a concentração de várias atividades, mesmo as mais mezinhas – tais como lembrar de tomar água, chamar um transporte, pedir uma pizza – concentradas em aparelhos tecnológicos torna o ser humano cada vez mais dependente da máquina. Ante a quantidade de ferramentas tecnológicas, de sistemas informatizados, o uso da tecnologia é quase imperativo. Mais ainda quando se trata de compras públicas, uma

³⁷⁷ Mariani, Stefano. *Coordination of Complex Sociotechnical Systems - Self-organisation of knowledge in MoK*, p. 129.

vez que, por ter como corolário a publicidade, seus registros são frequentemente feitos em sistemas eletrônicos disponíveis para consultas públicas.

Ante a importância dos sistemas de informação para as organizações, e considerado o amplo leque de possibilidades trazido pela tecnologia da informação, a ciência debruçou-se sobre os métodos de design destes sistemas. Para que as organizações tenham acesso a informações valiosas de maneira eficiente, fala-se em design dos sistemas sociotécnicos (*socio-technical systems design* – STSD). Os métodos de STSD foram desenvolvidos para facilitar o desenho eficiente destes mecanismos, não só por meio de métodos associados a sistemas de engenharia, mas também contribuindo com filosofias que devem ser seguidas para que se tenha um sistema eficiente³⁷⁸.

O objetivo do presente trabalho não é analisar os métodos de design dos sistemas sociotécnicos, mas sim, destacar a importância que a Administração Pública, no seio das relações contratuais, deve conferir a este design. A um, busca-se destacar que a instituição destes mecanismos é de grande importância para a essência de qualquer organização, sendo necessário buscar um design eficiente. A dois, visa-se ressaltar que a instituição de um design pode (e geralmente vai) implicar custos, os quais devem ser sopesados com o benefício da informação valiosa adquirida. Em suma, adquirir informação revela-se como a imposição de tomadas de decisão, por vezes complexas, as quais impõem um verdadeiro trade-off, ou seja, uma troca, onde a aquisição de informações valiosas implica custos de oportunidade para a Administração Pública.

Considerando que a maioria dos sistemas de informação nos contratos complexos envolverá não só pessoas, mas também tecnologias da informação, importante se faz a análise da estrutura dos sistemas sociotécnicos de informação, isto é, os elementos que o compõem. Posteriormente, vale analisar como estes componentes se inserem na relação contratual. É o que se faz nas próximas linhas.

6.2 Componentes dos Mecanismos de Aquisição de Informação

Os mecanismos de aquisição de informação, entendidos como sistemas sociotécnicos de informação, são integrados por quatro componentes essenciais, quais sejam: (a) pessoas, (b) tecnologia, (c) processos, e (d) estrutura³⁷⁹. Assim, os

³⁷⁸ Baxter, Gordon; Sommerville, Ian. *Socio-technical systems*, p. 5.

³⁷⁹ Piccoli, Gabriele; et al. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*, p. 78.

mecanismos de aquisição de informação deverão conter estes quatro elementos, os quais deverão trabalhar em conjunto a fim de fornecer informações valiosas ao contraente público durante a execução de um contrato.

Ainda, conforme ensina Gabriele Piccoli e Federico Pigni, na obra *Information Systems for Managers: With Cases*, os quatro componentes podem ser divididos em dois subsistemas: o subsistema técnico e o subsistema social. O subsistema técnico, formado de tecnologia da informação e processos, é a porção dos sistemas de informação que não inclui elementos humanos. O subsistema social, composto de pessoas e estrutura (relação das pessoas umas com as outras), representa o elemento humano do sistema de informação³⁸⁰.

Quando se diz que a observabilidade dos contratos administrativos implica tomadas de decisão para a Administração Pública, o que se quer dizer, em outras palavras, é que cabe à Administração Pública tomar decisões sobre os elementos que compõem os sistemas de informação que irão proporcionar a aquisição de informações valiosas durante a execução dos contratos. Para que decisões acertadas sejam feitas quanto aos sistemas de informação, é importante entender os seus elementos fundamentais, bem como a forma como se relacionam.

Quanto ao primeiro componente, ou seja, pessoas, refere-se aos indivíduos ou grupos de indivíduos que estão diretamente envolvidos no sistema de informação. São aqueles que estão imbuídos de qualquer tipo de função que envolva o sistema, quais sejam, usuários, consumidores, gestores, analistas, profissionais de tecnologia da informação, dentre outros. A criação, design, desenvolvimento, execução e manutenção de qualquer sistema de informação envolve um grupo de pessoas. Cada uma dessas pessoas possui um papel diferente no sistema de informação³⁸¹.

O elemento humano possui um papel crucial no sucesso ou fracasso de um sistema de informação. Cada pessoa possui um conjunto de especificidades próprias que devem ser levadas em consideração pois impactam na performance do sistema, tais como habilidades, interesses, motivação, atitudes, preconceções, e agenda pessoal. A construção de um sistema de informação adequado é centrada na pessoa, e leva em consideração as características de cada indivíduo na determinação do papel

³⁸⁰ Idem, p. 78.

³⁸¹ Wallace, Patricia. *Introduction to Information Systems – People, Technology and Process*, p. 11.

de cada um. A pessoa deve ser entendida na sua singularidade quando da fixação de suas funções dentro do sistema de informação.

Quanto ao segundo componente, tecnologia da informação, trata-se de todo *hardware*, *software* e rede de telecomunicação que integra o sistema. Quando se fala de *hardware*, pode-se considerar todos os computadores de mesa, *notebooks*, *laptops*, *tablets*, aparelhos de telefone celular, dispositivos de navegação, câmeras digitais, scanners, sensores e servidores. Qualquer dispositivo capaz de coletar, processar, armazenar, ou visualizar dados eletrônicos é um potencial integrante do sistema de informação. Por *software* entenda-se toda codificação necessária para fazer com que um computador possa funcionar, bem como os programas de inteligência artificial e sua capacidade própria de aprendizagem. Ressalte-se que a *internet* possibilitou aos seus usuários acesso a uma gama de *softwares* que hoje são compartilhados, mesmo a título gratuito, com muito mais facilidade. Ainda, ferramentas que permitem e facilitam a construção de novos *softwares* estão cada vez mais acessíveis. É cada vez mais comum que organizações criem suas próprias aplicações, através da qual podem comunicar-se com seus parceiros, fornecedores e consumidores. Por fim, tem-se a rede de telecomunicação, que deve ser entendida como todo o complexo de rede responsável pela transmissão de sinais – impulsos elétricos – de um lugar para outro. A rede de telecomunicações é responsável pela definição do tráfego destes sinais, velocidade de transmissão, eliminação de ruído, segurança da informação e padrão de comunicação³⁸².

Quanto ao terceiro componente, processos, pode ser definido como a série de passos para se completar uma determinada tarefa. Inúmeras decisões são tomadas sobre como cada processo deve operar, quais regras devem ser seguidas, como se deve lidar com a informação desde a sua entrada até a sua saída, e como o sistema de informação irá suportar todo esse processo³⁸³. O componente processo envolve questões tais como: como o sistema de informação irá autenticar o seu usuário, e qual o grau de acesso será concedido a cada um? O sistema irá exigir senha do usuário, quão longa ela será, e qual seu prazo de validade? Deve o sistema de informação validar todo dado inserido pelo empregado, ou essa validação depende de confirmação do supervisor? Deve o sistema condicionar determinadas inserções de dados à validação do servidor quando extrapolarem determinado limite? Quais

³⁸² Idem, p. 12.

³⁸³ Ibidem, p. 12-13.

decisões pode o sistema de informação automaticamente tomar com base apenas no seu banco de dados, e quais decisões dependem de julgamento humano?

Os processos do sistema de informação estão intimamente ligados ao planeamento estratégico da organização que integram. Deve a organização fazer uma clara conexão entre os processos que adota e os objetivos e metas que pretende alcançar. Organizações avançadas no planeamento de processos conseguem elaborar e executar com sucesso planos estratégicos de longo prazo. Para que processos eficientes sejam estruturados é preciso que haja uma análise da situação atual, o apontamento da direção para onde se pretende ir, a definição de estratégias para se alcançar o objetivo, e a criação de um plano que engaje todos os envolvidos³⁸⁴.

A definição do passo-a-passo de um processo componente do sistema de informação depende de tomadas de decisão de algumas pessoas. Assim, pode-se afirmar que o elemento humano possui grande importância na definição dos processos. Processos inteligentes agilizam e apoiam as atividades da organização; de outro lado, processos mal definidos sinalizam ao restante da organização e a outras organizações e incompetência na execução da tarefa. No que tange à atividade de desenhar, otimizar e agilizar processos, existem profissões que são exclusivamente dedicadas a tanto, a exemplo, o denominado *business process management* (BPM)³⁸⁵, ou gerenciamento de processos de negócios (na tradução livre).

Quanto ao último componente, estrutura organizacional, refere-se ao design da organização (hierarquia, descentralização), comunicação (quem se reporta a quem), e relações pessoais (sistemas de incentivos e mecanismos de recompensa). A estrutura organizacional pode ser entendida como as regras implícitas ou explícitas que governam as relações entre os envolvidos no sistema de informação³⁸⁶. Por vezes, as regras que compõem a estrutura organizacional podem ser de difícil identificação. Contudo, são de grande importância ao sistema de informação, cujo sucesso é dependente delas.

A estrutura de incentivos existente para as pessoas envolvidas no sistema de informação pode contribuir para o seu bom funcionamento, ou sabotar a execução do trabalho. A título de exemplo, tenha-se sistemas cujo conteúdo é alimentado pelos

³⁸⁴ Stair, Ralph; Reynolds, George. *Principles of Information Systems*, p. 457 ss.

³⁸⁵ Neto, Manoel Veras Sousa; Junior, Josué Vitor Medeiros. *Afinal, o que é Business Process Management (BPM)? Um novo conceito para um novo contexto*, p. 1 ss.

³⁸⁶ Piccoli, Gabriele; et al. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*, p. 83-84.

próprios usuários, assim denominados *user-generated content* (UGC). Imagine-se um grande escritório de advocacia, o qual decide criar uma plataforma colaborativa a fim de que os seus membros a alimentem com peças jurídicas já elaboradas; a ferramenta teria como finalidade a colaboração mútua entre os membros do escritório, os quais poderiam aproveitar-se do conhecimento já acumulado pelos seus colegas. Ocorre que, a depender do sistema de recompensas vigente dentro do escritório, é possível que os advogados-membros não tenham interesse em compartilhar o material que produziram com os seus colegas – ou, ainda que compartilhem, tenham reserva em relação ao conteúdo mais valioso. A existência de concorrência entre os advogados-membros na captura de clientes internos é um fator de risco que deve ser levado em consideração na criação de uma plataforma colaborativa. Ainda que a plataforma possa promover eficiência da organização como um todo, o benefício é difuso e temporalmente distante em relação ao usuário; assim, prevalece o interesse pessoal do advogado em demonstrar melhor performance do que os seus colegas.

O quarto elemento chama atenção para o componente humano, pois centraliza a análise nos incentivos pessoais dos agentes envolvidos. Trata-se de focar naquilo que realmente condiciona o comportamento humano, chamando atenção para a necessidade de identificar a estrutura de incentivos existente e, eventualmente, alterá-la de forma cirúrgica.

6.3 Custos de Oportunidade

A afirmação de que a aquisição de informação na execução dos contratos administrativos envolve um *trade-off* se dá pelo fato de que a criação de mecanismos de informação envolve custos de oportunidade. A instituição dos sistemas de informação no seio da relação contratual, com a definição de todos os seus componentes, envolve uma série de tomadas de decisão entre diversas alternativas possíveis, muitas vezes antagônicas entre si.

A observabilidade da execução dos contratos administrativos, conforme já dito à exaustão, não pode ser presumida como certa e suficiente em todos os tipos de contratos. Contratos complexos, com inúmeras variáveis que interferem na observabilidade de sua execução, demandam a criação de mecanismos de aquisição de informação. Caso estes mecanismos não sejam criados, caso a transmissão de informação não seja possível, o cenário de assimetria informacional durante a execução do contrato se mantém, pois inexistem meios de desfazer o desequilíbrio.

Os mecanismos de aquisição de informação, por sua vez, não possuem uma receita pronta. Uma vez firmada a premissa da necessidade de sua criação, a forma de criá-los, por outro lado, envolve as mais diversas possibilidades. A instituição dos mecanismos de informação permite diferentes estruturas, diversos atores, distintos momentos, e uma vasta implicação de custos e interferências na performance do contrato.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a observabilidade da execução dos contratos administrativos – notadamente nos contratos complexos – impõe à Administração Pública tomadas de decisão. Isto é, deve o contraente público realizar escolhas a respeito dos mecanismos de informação a serem instituídos e os seus componentes. A capacidade de aquisição de informação depende da realização destas escolhas, e conseqüentemente, a aquisição eficiente de informação depende de escolhas eficientes.

Quando promove escolhas o contraente público seleciona e prioriza algumas alternativas em detrimento de outras. Neste cenário, muitas vezes, é preciso sacrificar algo para obter um bem maior, o que pode gerar um tipo de dilema. Um conflito de escolha é solucionado pelas preferências e compromissos do tomador de decisão, sendo que a seleção de uma determinada alternativa significa não usufruir dos benefícios da alternativa que não foi escolhida. Portanto, o agente que faz a escolha deve conhecer os lados positivos e negativos das suas oportunidades.

Seguindo esta linha, adentra-se ao significado de custos de oportunidade. Conforme ensina James M. Buchanan³⁸⁷, o conceito de custo de oportunidade expressa a relação básica entre escassez e escolha. Ensina o autor que, caso não existisse escassez dos objetos e atividades valorados pelos indivíduos, todas as demandas de todas as pessoas a todo momento poderiam ser atendidas, indistintamente. Neste mundo ideal não seria necessário valorar e distinguir alternativas, bem como estaria dispensado qualquer tipo de processo de coordenação social com a finalidade de determinar qual demanda teria prioridade. Na ausência de escassez, nenhuma oportunidade ou alternativa seria perdida, esquecida ou sacrificada.

Ocorre que, a partir do momento em que há escassez, nem todas as demandas podem ser atendidas. A escassez introduz a necessidade de escolha, seja diretamente

³⁸⁷ Buchanan, J.M. *Opportunity Cost*, p. 520.

pelo próprio indivíduo, seja indiretamente por meio de instituições ou procedimentos pré-determinados que viabilizam a interação social e, ao final, conduzem a uma seleção que expressa a vontade coletiva. Escolhas implicam a seleção de algumas alternativas, e consequentemente a rejeição de outras. Em síntese, custo de oportunidade equivale ao valor da mais valiosa das alternativas ou oportunidades dentre aquelas que foram rejeitadas na escolha³⁸⁸. Equivale ao valor que é abandonado ou sacrificado para garantir o valor mais alto que a seleção do objeto escolhido incorpora. Em poucas palavras, é o valor da opção rejeitada pelo tomador de decisão.

É importante ter em mente que mecanismos de informação são onerosos e, por isso mesmo, é ingênuo pensar que a solução ótima sempre será a criação de tantos mecanismos quanto forem necessários. Em algumas hipóteses, mecanismos que garantam observabilidade plena podem ser tão onerosos quanto a execução do próprio contrato. Tenha-se como exemplo as rodovias com pedágio. De que forma, nas rodovias com cobrança de pedágio, poderia o contraente público certificar-se de que a quantidade de veículos pagantes é exatamente aquela quantidade informada pela concessionária do serviço? Como poderia o contraente público certificar-se de que a informação prestada pela concessionária é autêntica? Pode-se imaginar que o ente estatal, caso queira controlar todo o fluxo de tráfego por conta própria, deverá realizar investimento de valor tão vultoso quanto o investido pela própria concessionária, o que se afigura contraproducente.

No momento em que o contraente público não arca com o valor do controle absoluto, deve assumir que parte da execução do contrato quedará inobservável. É o caso, por exemplo, do controle por amostragem. Ainda no exemplo do pedágio, ao invés de controlar todo o fluxo de veículos, pode o ente público promover um controle por amostragem, isto é, promover um recorte temporal e espacial. Ao invés de designar fiscais para todos os postos de pedágio, durante todos os dias, o fluxo de tráfego será controlado uma vez por mês, tendo como alvo apenas alguns postos de cobrança, a fim de que a amostra seja comparada com as demais informações prestadas pela concessionária. Nestes casos, o ente público assume o risco de inobservabilidade de parte do contrato. Trata-se, portanto, de uma análise de ponderação entre o custo da observabilidade e o risco da inobservabilidade.

³⁸⁸ Idem, p. 520-521.

O motivo de o ente público assumir uma observabilidade parcial da execução do contrato é o fato de que os recursos eventualmente empregados para garantia da observabilidade plena podem ser melhor utilizados se alocados de outras formas, para servir a outras finalidades. Em outras palavras, quando o custo de oportunidade da observabilidade plena (ou quase plena) for muito alto, tende a Administração Pública a assumir o risco de não enxergar todo o desenvolvimento do contrato. A exemplo, pode-se questionar até quanto vale controlar todo o fluxo de tráfego dos pedágios e garantir a execução do contrato quando os mesmos equipamentos tecnológicos que fariam a contabilidade dos veículos poderiam ser utilizados nas mesmas rodovias para limite de velocidade e prevenção de acidentes. Considerando que os recursos são finitos e o erário escasso, ponderações desta natureza devem ser feitas.

Importante ressaltar que o risco da inobservabilidade pode ser reduzido por meio da criação de incentivos que induzam o contratado a adotar o comportamento desejado. Em outras palavras, ainda que o cenário seja de pouca informação para o ente público, pode ser criada uma arquitetura de incentivos que encoraje o contraente privado ao adimplemento do contrato. Para ilustrar, tenha-se a fiscalização por amostragem – que é realizada sem aviso prévio, ou sem indicação prévia da amostra que será averiguada – com a imposição de altas multas pelo descumprimento do contrato. Mesmo na ausência de observabilidade plena, a mera possibilidade de fiscalização pode ter efeitos satisfatórios no comportamento do agente.

Outro aspecto que deve ser lembrado é o fato de que o controle, por vezes, interfere na atividade que está sendo controlada; essa interferência, por sua vez, pode alterar a performance do contratado. Desta feita, o controle do contrato, cuja razão de ser é justamente a garantia de adimplemento da execução, pode implicar um resultado completamente adverso se for utilizado em excesso. Imagine-se o contraente público que, no afã que fiscalizar a execução do contrato, solicita ao contratado uma série de relatórios, a serem preenchidos em tempo exíguo. Não se pode olvidar que o tempo e esforço alocados no preenchimento de relatórios significam custo de oportunidade, ou seja, tempo e esforço que não estão sendo revertidos na execução do contrato propriamente dito.

Assim, defende-se no presente trabalho que a observabilidade da execução dos contratos administrativos impõe escolhas ao contraente público, podendo a aquisição de informações ser entendida como um verdadeiro *trade-off*, uma compensação. De um lado, informação é algo valioso para o contraente público; de outro, para adquiri-

la é necessário arcar com um custo. A alocação de recursos implicará, necessariamente, custos de oportunidade para a Administração Pública, a qual deverá ponderá-los ante a informação que está sendo efetivamente adquirida.

6.4 *Aquisição de Informação Como um Trade-Off*

Já é sabido, conforme há muito se preconiza na literatura acadêmica, que a execução dos contratos administrativos – bem como dos contratos em geral – depende de uma verdadeira atividade de gestão. É de se ressaltar, portanto, a importância da gestão dos contratos administrativos e as tomadas de decisão que essa atividade de gestão engloba – as quais podem ser entendidas como meta-decisões.

O que se defende no presente trabalho é que a atividade de gestão dos contratos administrativos envolve, sobretudo, meta-decisões relativas à arquitetura dos mecanismos de aquisição de informação. A gestão do contrato está intimamente ligada à observabilidade da execução contratual, a qual depende dos sistemas de informação. Assim, a gestão dos contratos envolve meta-decisões relativas aos sistemas de informação, a qual consiste na instituição do design do sistema, no acompanhamento de seu funcionamento, bem como na atualização e aperfeiçoamento de suas rotinas.

Em outras palavras, a execução dos contratos administrativos demanda meta-decisões acerca dos mecanismos de aquisição de informação. Tais mecanismos são essenciais aos processos decisórios envolvidos pela execução contratual. Sem informação adequada, de qualidade e quantidade suficiente, as tomadas de decisão quanto ao adimplemento do contrato, sua modificação, rescisão e prorrogação, bem como sobre eventual resolução de litígios, restam comprometidas. A Administração Pública, quando firma um contrato administrativo, não renuncia ao objeto do contrato; ao contrário, cabe a ela a responsabilidade pela satisfação da necessidade pública, e para tanto deve basear suas decisões na melhor evidência possível.

Notadamente nos contratos complexos, a atividade de gestão dos sistemas de informação carecerá de especial atenção por parte da Administração Pública. As inúmeras decisões que deverão ser tomadas relativamente ao design, controle e atualização dos sistemas de informação carecem de uma verdadeira atividade de gestão, ante os elevados custos de oportunidade que se impõem. Os mecanismos de aquisição de informação são questão de grande importância, devendo ser tratada, tais como os demais aspectos da gestão, de forma preventiva e profilática.

A aquisição de informação durante a execução dos contratos carecerá de planeamento, ponderação de custos de oportunidade e acompanhamento constante da sua performance. Os sistemas de informação devem ser muito bem definidos, ficando claro os seus componentes e o seu produto, a fim de que seja facilmente identificado se estão cumprindo ou não com a sua finalidade.

A gestão dos mecanismos de aquisição de informação, durante a execução dos contratos administrativos, pode ser dividida em quatro etapas. Assim como os sistemas de informação que possuem quatro componentes, conforme ensina grande parte da literatura da área, é possível entender os mecanismos de aquisição de informação da mesma maneira. Neste sentido, assim como é feito com os sistemas de informação, os mecanismos de aquisição de informação podem ser divididos em quatro componentes: pessoas, tecnologia, processos e estrutura.

Gerir os sistemas de informação significa tomar decisões que versem sobre a definição destes quatro componentes. Em outras palavras, a execução dos contratos administrativos demanda meta-decisões a respeito dos quatro componentes dos mecanismos de aquisição de informação; é preciso que a Administração Pública defina o design, a forma de controle e de atualização de cada um destes componentes. Essas meta-decisões são relevantes ao processo decisório relativo às tomadas de decisão que surgirão no desenrolar da execução contratual.

Acontece que a meta-decisão relativa a cada um destes quatro componentes envolve um *trade-off*, ou seja, envolve trocas. A seleção de determinadas escolhas implica renunciar a outras. A definição dos componentes dos sistemas de informação envolve custos de oportunidade, os quais devem ser levados em consideração pelo gestor dos sistemas de informação.

A análise dos mecanismos de aquisição de informação e seus componentes deixa bastante claro que o postulado de observabilidade plena, de informações ideais e amplamente disponíveis, é falacioso. Adquirir informações demanda custos e implica riscos. Merece ser abandonada a visão de mundo ideal, com ausência de qualquer fricção, de recursos infinitos e pessoas probas o tempo todo. As meta-decisões relativas aos componentes dos mecanismos de aquisição de informação devem ser tomadas com a consciência do que se perde e do que se ganha, sempre tendo como norte a eficiência.

Em síntese, o ente público contratante é também o arquiteto dos sistemas de informação, o qual deve tomar meta-decisões acerca dos componentes destes

sistemas, sendo que a definição de cada um dos componentes envolve *trade-offs*. Nas próximas linhas serão explorados, sem pretensão de ser exauriente, cada um destes componentes, a fim de que se tenha um panorama da atividade de gestão dos sistemas de informação nos contratos administrativos.

6.4.1 Pessoas

Inicialmente, a arquitetura dos sistemas de informação no seio dos contratos administrativos envolve a definição daqueles agentes ou grupos de agentes que estarão envolvidos diretamente no sistema. Em outras palavras, significa definir aquelas pessoas que terão papel relevante no fluxo de informações.

Conforme já dito à exaustão, os sistemas de informação envolvem pessoas, sendo o elemento humano importante aspecto a ser observado. Implementar sistemas de informação não significa tão somente investimento em tecnologia, compra de novos computadores, ou recurso a aparelhos sofisticados. Não só isso. Os sistemas de informação envolvem uma visão do todo, com a identificação também das pessoas atinentes ao sistema e seus respectivos papéis.

A informação é intrínseca ao ser humano, e inerente à linguagem, não fazendo qualquer sentido se dissociada do elemento humano. É a pessoa, com sua capacidade sensorial de perceber o mundo e transformar essa percepção em sinais que possibilita a troca de informações. A codificação e a decodificação da mensagem somente fazem sentido na perspectiva da pessoa e sua inata capacidade de comunicação. Ainda que muito do processo de comunicação atualmente seja intermediado por máquinas, não se pode olvidar que, por trás de um computador, há sempre um responsável pela sua disposição, configuração, e definição de parâmetros de funcionamento.

No seio dos contratos administrativos, é de grande importância que as pessoas envolvidas nos sistemas de informação estejam claramente identificadas. Isto é, quando da constituição de um mecanismo de aquisição de informação é salutar que fiquem nítidos todos aqueles diretamente envolvidos no processo. A falta de clareza quanto à responsabilidade de cada um dentro do sistema pode levar a incentivos não desejados, impingindo certo relapso no cumprimento das obrigações. Ademais, na eventualidade de não cumprimento de suas obrigações, o agente somente pode ser punido em função de obrigações que estavam atribuídas a ele de forma certa e objetiva. Ainda, é necessário que o papel assumido por cada um fique nítido, a fim de evidenciar e diferenciar as atribuições incumbidas àqueles afetados ao sistema.

Vale lembrar que, no caso dos contratos administrativos, as pessoas envolvidas no fluxo de informações não se resumem às partes do contrato. Vários são os agentes envolvidos no cenário, os quais podem, de diferentes formas, contribuir para a aquisição de informações durante a execução dos contratos. São várias as pessoas envolvidas na aquisição de informação durante a execução dos contratos administrativos, sendo que um mesmo sistema de informação pode incluir diversos agentes com papéis distintos.

No que tange ao escopo do presente trabalho, é importante destacar que as pessoas afetadas ao sistema de informação e os papéis atribuídos a cada uma delas pode fazer com que o sistema se comporte de maneira mais ou menos eficiente. Existem circunstâncias inerentes a cada uma das pessoas envolvidas, sendo que existem vantagens e desvantagens relativamente à alocação de funções entre os agentes, em especial, a função de produzir informação. Ou seja, aquele que figura no sistema de informação como responsável pela coleta dos dados e informações possui as suas próprias condições e circunstâncias, que se alinham em maior ou menor medida com o objetivo de fiel observabilidade da execução do contrato. A definição do componente humano e a atribuição de funções a cada um, a depender destas circunstâncias, envolve custos de oportunidade.

No que tange à função de gerar informação e os custos de oportunidade relativamente à afetação de atribuições dentro do sistema de informação, é possível dividir os atores em cinco categorias: (a) contraente público; (b) contraente privado; (c) terceirizados; (d) agências de controle; e (e) usuários. Essa classificação não é a única possível, contudo, serve para ilustrar a importância de se atentar para os efeitos de como os agentes se arranjam nos sistemas de informação. Relativamente a cada um destes grupos existem condições que contribuem em maior ou menor medida para a eficiência do sistema de informação. A função de produzir informações não é exclusiva, e muitas vezes pode se mostrar difusa, afetada parcialmente a diversos atores; contudo, sem olvidar da sua complexidade, vale a pena analisar a afetação desta função a cada uma das categorias acima elencadas, a fim de destacar os seus pontos de atenção.

Inicialmente, a função de produzir informações quanto à execução do contrato pode ficar a cargo do próprio contraente público. Significa dizer que aquele diretamente interessado no adimplemento do contrato empreenderá esforços a fim de fiscalizar a performance do contrato, acompanhar a sua execução, adquirir os dados e

informações que reputar necessário. O contraente público assim o faz, por exemplo, quando nomeia um fiscal do contrato que fica responsável pelo acompanhamento de cada uma das etapas da execução. Dizer que o próprio contraente público ficará a cargo de gerar informações durante a execução do contrato é alocar sobre ele a responsabilidade de fiscalizar a performance do contratado por conta própria, de coletar e produzir as informações de que precisa. Em regra, tal se dá com a diminuição da distância física entre a execução do contrato e o contratante, muitas vezes com o acompanhamento da performance em tempo real.

Por ser o próprio interessado na aquisição de informações, a coleta realizada pelo próprio contraente público reduz o risco de eventuais oportunismos na manipulação de dados. Além disso, reduzida a distância física entre o contratante e a performance do contrato, é possível que tenha um tempo de reação menor perante as intercorrências que existirem durante a execução. Não se pode negar, ainda, que há uma melhoria na capacidade de tomada de decisão, ante a contemporaneidade da informação e a eliminação de ruídos pela proximidade física.

De outro lado, a aquisição de informação pelo próprio contraente público demanda custos mais elevados, sendo normalmente uma alternativa onerosa. Afinal, o ato de contratar implica a transferência do domínio da atividade, e consequentemente o domínio da informação. O ato de fiscalizar, de acompanhar a performance, implica recurso humano e material dedicado, sendo que deve ser designado um pessoal específico para o controle da execução do contrato. Ainda, é de se levar em consideração que, não raro, o contraente público não domina a técnica da atividade que está sendo executada e, portanto, não consegue facilmente avaliar a adequação ou não da execução. Por fim, quando o contraente público exerce fiscalização existe o risco de interferência na performance do contrato, o que pode atrasar a sua execução.

Num segundo momento, tem-se a hipótese em que a função de produção de informação é afetada ao contraente privado. Os contratos administrativos envolvem um cenário de assimetria informacional, ou seja, de desequilíbrio quanto à quantidade de informações que cada um possui; naturalmente, o ente público (contratante) é o agente menos informado, enquanto o ente privado (contratado) é aquele que detém mais informações. Seguindo esta lógica, aquele que possui mais facilidade em adquirir informações sobre a execução do contrato é aquele que o executa diretamente. Afinal, é o contraente privado quem detém o domínio da atividade, quem conhece a técnica, e que está mais próximo daquilo que está sendo desenvolvido.

Por força do próprio contrato – sem prejuízo de que tal obrigação tenha fundamento em outras normas – é possível que seja o contraente privado aquele incumbido da produção da informação. Por ser o executor do contrato, é possível que essa informação já seja detida pelo contraente privado, cabendo a ele, portanto, apenas a revelar. Por ser aquele que possui o domínio da atividade, bem como aquele que detém a técnica, é natural que consiga produzir informação a menor custo. Ainda, a produção de informação pelo próprio executor da atividade tem o condão de causar menor interferência na performance do contrato, uma vez que possui melhor capacidade de se organizar internamente.

O grande problema quanto a confiar ao contraente privado a obrigação de produzir e revelar informações referentes à execução do contrato é o fato de que os interesses do ente privado nem sempre coincidem com os interesses do ente público. Em verdade, estes incentivos muitas vezes se antagonizam. Em razão de se encontrarem em polos opostos do contrato, é natural que o interesse último de ambos sejam contrapostos. Enquanto um busca o adimplemento das prestações, o outro busca lucro. A depender da forma como estão dispostos os incentivos, a situação dá azo ao oportunismo, o que faz com que o contraente privado não esteja disposto a transmitir informações da forma como o esperado. Ainda que exista obrigação legal ou contratual determinando a comunicação, o oportunismo pode levar à quebra deste dever, seja com a omissão de que possui determinada informação para não ter de revelá-la, seja com a incidência proposital de ruídos na comunicação, ou com a transmissão de informação não autêntica ou intencionalmente não estruturada. Não se pode considerar que todas as pessoas são desonestas; afinal, muitos são aqueles que, por força dos valores pessoais, atem-se a uma conduta reta. Contudo, quando a retidão falha, outros fatores entram em cena a fim de alinhar os incentivos das contrapartes do contrato, seja por meio de um sistema de penas e recompensas, seja pela implantação de mecanismos de redução de litígios, pela manutenção da reputação em um determinado mercado ou pela expectativa de novos negócios com a mesma parte.

Além do contraente público e do contraente privado, outra hipótese seria a observabilidade do contrato por meio de um novo contrato. Ou seja, trata-se do controle por contrato, situação em que a fiscalização da execução de um determinado contrato é transferida a um terceiro, mediante novo contrato. É a terceirização da função de aquisição de informação por meio de uma nova relação contratual. É o caso, por exemplo, do ente público que contrata obra para construção de uma ponte

marítima, e posteriormente contrata uma nova empresa para que realize a medição da obra. Por vezes a aquisição de informação envolve técnica, expertise que os integrantes dos quadros diretos da Administração Pública não possuem. Assim, a medição da construção é transferida a um terceiro, o qual acompanhará a obra, medirá a sua evolução, certificará o cumprimento do cronograma financeiro e alimentará o ente público com relatórios que possam orientá-lo na tomada de decisões.

A vantagem de transferir a função de aquisição de informação a uma empresa especializada para tanto é suprir a carência relativa aos conhecimentos técnicos demandados pelo objeto do contrato principal. Os contratos realizados pelo poder público são dos mais diversos, e os seus integrantes não possuem expertise tão vasta a ponto de assumir responsabilidade pela supervisão de tudo que a Administração Pública contrata. De outro lado, uma empresa que está no mercado e vende este tipo de serviço (de medição de obra, por exemplo) tende a ser uma empresa especializada, com experiência naquilo que faz, e consequentemente tende a ser mais eficiente na realização do controle.

Acontece que a contratação de uma empresa para fiscalização da execução de um contrato administrativo tem o seu custo. Afinal, a empresa contratada para garantir a observabilidade do contrato principal visa lucro; portanto, além de cobrir com os lucros do contraente privado principal, o dinheiro público também arcará com o lucro do contraente privado fiscalizador. Outra crítica relativa a esta solução refere-se ao excesso de contratação. Em outras palavras, significa que o ente público transfere a satisfação das necessidades públicas a um particular mediante contrato e, para eliminar as externalidades negativas desta contratação, transfere a obrigação de fiscalizar a um novo ente privado, mediante novo contrato. Ocorre que as circunstâncias inerentes à contratação, tais como transferência do domínio da atividade, cessão do controle primário da informação, risco de oportunismo, se aplicam à segunda contratação da mesma forma que se aplicam à primeira. Assim, permite-se perguntar: caso a fiscalização do contrato principal seja cedida a terceiro mediante contrato, quem fiscalizará o contrato acessório? De toda forma, em algum momento a solução passará necessariamente pela internalização da função de fiscalizar o contrato³⁸⁹.

³⁸⁹ Hart, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, p. 121.

Em quarto lugar, também podem compor os sistemas de informação as agências de controle. Para fins do presente trabalho, designa-se agências de controle todas aquelas unidades que têm como finalidade controlar, de alguma forma, as atividades de interesse público. Não se busca, aqui, rigor técnico quanto ao termo agência, a fim de equipará-lo a qualquer figura jurídica existente em algum ordenamento jurídico. Mas sim, tem-se a intenção de refletir aquelas organizações que, de alguma forma, controlam determinada atividade e, para tanto, são produtoras e processadoras de informação. No âmbito do serviço público, várias são as agências, órgãos, entidades, dentre outros, que tem como finalidade a fiscalização, controle e auditoria de atividades que possuem relevância de caráter social. É o caso, por exemplo, das Controladorias, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, das Polícias, das Auditorias, das Vigilâncias, e das Agências Reguladoras. Muitas dessas entidades, para que possam desempenhar a sua função, coletam informações, alimentam um banco de dados, fazem a sua gestão e produzem conhecimento. Nada impede que, no exercício das funções públicas, estes dados sejam compartilhados com o ente contratante, a fim de que possa acompanhar a execução do contrato.

Para ilustrar, tenha-se um contrato cujo objeto seja o fornecimento de alimentação a presidiários; dentre as obrigações existentes no clausulado, encontra-se aquela que determina o fornecimento de alimentação adequada ao consumo, que garante segurança ao consumidor. O adimplemento de tal dever pode ser aferido, por exemplo, com a determinação de que o contraente privado apresente ao contraente público, periodicamente, laudo de vistoria realizado por entidade de vigilância sanitária governamental. Caso a máquina pública, em sentido amplo, já tenha órgão ou entidade dedicado à fiscalização da segurança dos alimentos, nada impede que o adimplemento do contrato fique condicionado a certidão emitida por este ente. Na hipótese de existir tal possibilidade, há chances de que ela represente um custo baixo, ao menos sob a perspectiva do custo marginal. Isto é, considerando que já existe entidade dedicada para tanto, a análise de mais um caso não representaria custo tão elevado se comparado às outras alternativas. Ainda, por se tratar de duas estruturas integradas à máquina pública (em sentido amplo), são mais baixas as probabilidades de eventual oportunismo, ante a maior coincidência da estrutura de incentivos entre o contratante e o controlador.

De outro lado, as agências de controle possuem a sua própria agenda, e sua própria forma de agir. É possível que se atenham aos seus próprios objetivos,

satisfazendo às necessidades do contratante apenas naquilo que for coincidente. Assim, as informações produzidas pelas agências de controle tendem a ter um formato fixo, predeterminado, que pode não atender exatamente o quanto anseia o ente contratante. Caso queira personalizar a forma de controle, especificar as informações a serem coletadas e os processos a serem cumpridos, pode ser que o ente contratante tenha de recorrer a uma alternativa.

Por fim, é de se ter em mente a produção de informação pelos próprios usuários (cidadãos). Os contratos administrativos, notadamente aqueles que envolvem a contratação de serviços públicos, podem ser avaliados pela percepção dos próprios usuários, sejam eles reais ou potenciais. Contratos complexos possuem, muitas vezes, efeitos difusos, cuja verificação integral pela própria Administração Pública é inviável. Desta forma, é possível que o ente contratante estabeleça um canal de comunicação com a sociedade, usuários do serviço público, a fim de que esta produza informações referentes à execução do contrato e alimente o sistema de informação. Trata-se de um verdadeiro controle social³⁹⁰, o qual aproxima a Administração Pública da sociedade, bem como coloca o usuário mais próximo do papel de protagonismo nos contratos públicos; afinal, é ele a razão de ser da própria atividade pública. Para ilustrar, tenha o contrato de concessão de serviço de iluminação pública; é inviável pensar que representantes de Administração Pública, todos os dias, fiscalizem o bom funcionamento de todos os postes da cidade. Ao invés do controle direto, é de se cogitar que o ente público estabeleça um canal de comunicação com a sociedade a fim de que, sempre que uma lâmpada apresentar mal funcionamento, seja reportado ao contratante. Da mesma forma os contratos de concessão de serviços essenciais em geral. Informações relativas à descontinuidade do serviço, prestação na assistência, segurança, dentre outros, podem ser produzidas pela própria sociedade, tornando o sistema de informação um verdadeiro sistema reputacional. Na ocasião de tomada de decisão quanto à garantia de adimplemento, prorrogação, rescisão, modificação do contrato ou resolução de conflitos, o contraente público poderia guiar sua escolha nas informações carregadas ao sistema pelos próprios usuários do serviço.

O sistema de informação alimentado pelo usuário, relativamente à quantidade de informação produzida e amplitude do seu escopo, representa grande economia para a Administração Pública. Afinal, o componente humano responsável pela produção da

³⁹⁰ Nóbrega, Marcos. *Direito da Infraestrutura*, p. 77.

informação não visa lucro. De outro lado, o dever de alimentar o sistema pelo usuário não é mandatório; as pessoas não são empregadas do sistema, mas sim, doam informações ao sistema. Para o cidadão não existe a obrigação, legal ou contratual, de produzir informação. Desta feita, surgem problemas relacionados à força motriz de alimentação do sistema, os quais podem se revelar em (i) risco de subprovisionamento do sistema e (ii) risco quanto à qualidade da informação³⁹¹. A um, a alimentação do sistema gera um custo para o usuário – ainda que mínimo, mesmo que signifique tão somente perda de tempo, de alguns minutos –, e ele pode não estar disposto a arcar com este custo. Se assim for, o sistema pode padecer por carência de alimentação, já que o seu conteúdo depende da produção gratuita pelo usuário. A dois, a qualidade da informação deve ser observada, pois da mesma forma que não existe obrigação de alimentar o sistema, também não é forçoso que o sistema seja alimentado com informações fidedignas. Ademais, ainda que as informações sejam autênticas, é possível que a estrutura de incentivos existente faça com que apenas as pessoas insatisfeitas alimentem o sistema (ou o contrário). Desta forma, o sistema informacional refletiria apenas meia realidade, podendo levar o contraente público a conclusões enviesadas.

Reafirmando, os sistemas de informação são complexos, nada impedindo que todas essas pessoas, ao mesmo tempo, os componham, cada um com o seu papel definido. A alocação destas pessoas nos sistemas, e a definição dos seus papéis, constitui um verdadeiro *trade-off*, havendo vantagens e desvantagens em relação a cada uma das opções. Portanto, não existe receita pronta. O contraente público, notadamente nos contratos complexos, figura como um verdadeiro arquiteto dos sistemas de informação, sendo responsável pela observação dos custos de oportunidade relativo ao *design* conferido aos mecanismos de aquisição de informação.

6.4.2 Tecnologia

O segundo componente dos sistemas de informação que merece análise refere-se à tecnologia da informação. A tecnologia da informação compreende: (a) *hardware* e aparelhos móveis, os quais tendem a ser cada vez menores, mais velozes e independentes de cabo, tais como *smartphones*, *laptops* e *tablets*; (b) *softwares* e

³⁹¹ Bolton, Gary E.; Ockenfels, Axel. *The Limits of Trust in Economic Transactions - Investigations of Perfect Reputation Systems*, p. 2-3.

aplicações *mobile*, ou seja, os programas que governam as operações dos dispositivos, tanto em termos de sistema quanto de tarefas específicas; (c) sistemas de base de dados, composto de uma coleção de informações organizada em dois ou mais arquivos de dados; (d) redes de computadores, a *internet*, e computação em nuvem, que conectam dispositivos entre si e permite interação entre eles³⁹².

Vale repisar que os sistemas de informação não se confundem com tecnologia da informação, sendo que aqueles independem desta. É possível que haja um sistema de informação composto apenas de pessoas, sem que haja computadores, aparelhos eletrônicos e softwares. Contudo, a tecnologia encontra-se atualmente em estágio avançado de evolução.

Várias são as pessoas que, para tarefas mezinhas, já se encontram dependentes da tecnologia. Ademais, inúmeras são as ferramentas de software, bem como serviços de computação em nuvem, que já se encontram disponíveis gratuitamente, ou a preço bastante acessível. A *internet*, da mesma forma, encontra-se cada vez mais ao alcance de todos; é crescente o acesso a pacotes de dados ilimitados, bem como disponibilidade de internet em locais públicos via *wi-fi*.

Ante a acessibilidade atualmente existente no que tange a toda essa tecnologia da informação, torna-se cada vez mais raro um sistema de informação que dispense o uso de recursos tecnológicos. No que tange à Administração Pública, esta hipótese torna-se ainda mais difícil de ocorrer. Isso porque as atividades afetas ao interesse público carecem de transparência. É difícil pensar numa forma melhor de conceder transparência às informações do que por meio da tecnologia, tais como portais eletrônicos. Ainda, informações afetas ao interesse público carecem de ser armazenadas por longo prazo, para futura eventual necessidade de resgate. Diferente de empresas privadas, que encontram sua derrocada na falência, a Administração Pública tende a ser perene. Ademais, gestão participativa e democrática implica rotatividade dos gestores, os quais precisam ter acesso a informações relativas às gestões anteriores. É difícil pensar na custódia de toda essa informação com renúncia à tecnologia da informação.

Ainda, a tecnologia pode representar uma grande economia ao serviço público. À medida que aplicações e sistemas são disponibilizados aos servidores públicos permitindo-os trabalhar de forma remota, utilizando-se do próprio celular ou aparelho

³⁹² Stair, Ralph; Reynolds, George. *Principles of Information Systems*, p. 11-18.

doméstico, significa que a Administração Pública transfere ao particular (servidor público) gastos com pacote de dados, equipamentos, energia elétrica, dentre outros. É o que acontece com o denominado teletrabalho, ou *home working*. No caso a Administração Pública utiliza-se de um efeito carona, pois transfere custos aos seus próprios servidores.

A tecnologia utilizada nos sistemas de informação afigura-se uma verdadeira pedra angular, sendo que o seu design representa importante definição para todo o funcionamento do sistema. O leque de opções disponíveis no mercado é amplo, com uma variada gama de ferramentas e formatações. A definição da tecnologia da informação a ser utilizada impacta o sistema, pois o seu *design* pode permitir ou restringir ações dos usuários. Para ilustrar, vale citar o exemplo trazido por Gabriele Piccoli e Federico Pigni, no sentido de que a escolha de uma coleta de dados com a utilização das tabelas do Microsoft Excel faz com que as informações fiquem limitadas ao *design* destas tabelas e às funcionalidades do respectivo *software*; de outro lado, a escolha de um sistema gerenciador de banco de dados relacional, tal como MySQL, permitiria diferentes funcionalidades³⁹³.

Tomadas de decisão relativas à escolha da tecnologia da informação a ser utilizada possuem altíssimo impacto no que diz respeito à chamada dependência tecnológica (*path dependence*). Significa que quando um padrão ou formato é escolhido e utilizado em larga escala, qualquer oferta de uma nova tecnologia enfrentará grande resistência³⁹⁴. Para ilustrar, tenha-se o modelo de teclado QUERTY, bem como o tráfego britânico (cujo sentido de circulação é pela esquerda). Nestes casos, as externalidades positivas de rede são de tal monta que superam os benefícios da substituição por uma nova tecnologia. Assim, a dependência tecnológica pode ter dois efeitos³⁹⁵: (a) tende a “prender” os usuários a uma tecnologia inicial inovadora (efeito de *lock-in*), somente podendo ser abandonada a um custo muito alto³⁹⁶; e (b) deixa de fora novas alternativas (efeito de *lock-out*), as quais não conseguem superar a standardização posta.

³⁹³ Piccoli, Gabriele; et al. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*, p. 80.

³⁹⁴ Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, posição 3592 (edição kindle).

³⁹⁵ Freire, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Económica e Restrições Verticais*, p. 522.

³⁹⁶ Balmann, Alfons; Brandes, Wilhelm; Odening, Martin; et al. *Path-dependence Without Increasing Returns to Scale and Network Externalities*, p. 160.

No que toca à viabilidade da adoção de uma nova tecnologia pela Administração Pública, não se pode esquecer o óbvio: a necessidade de avaliar o benefício trazido pela tecnologia em relação ao seu custo direto. Em que pese existam muitas opções gratuitas ou a baixo custo, soluções tecnológicas ainda custam muito caro no geral. Além disso, aquisição de tecnologia possui os seus melindres, uma vez que contratos de tecnologia são complexos³⁹⁷; a natureza do produto ou serviço comprado, a velocidade com que se atualizam, o efeito disruptivo de novos modelos, questões envolvendo compatibilidade, tudo isso são pontos a serem observados na aquisição de novas tecnologias pela Administração Pública. Afinal, as amarras normalmente existentes para o poder público quando da realização de suas compras não combinam com a versatilidade e evolução pulsante da tecnologia, o que pode levar a implementações ineficientes.

Além do custo direto, a implementação de novas tecnologias da informação merece outros pontos de atenção. Alguns complementos são necessários para o sucesso de um sistema de informação que adota nova tecnologia: (a) funcionários bem treinados, ou seja, é preciso que os envolvidos entendam a necessidade do novo sistema, que cada um tenha clareza do seu papel e saibam operar a tecnologia empregada; (b) suporte de sistema, o que permite a funcionários mais experientes e treinados compartilhar com os demais meios de superar as dificuldades iniciais de implementação e adicionar valor ao sistema; (c) trabalho em equipe, no sentido de que os envolvidos devem estar motivados e entender a importância de se trabalhar em conjunto, como um único time; (d) redefinição de processos, uma vez que a implementação de nova tecnologia demanda a repaginação de processos de trabalho, com automação de algumas rotinas; (e) novos poderes de decisão, isto é, os envolvidos devem entender e aceitar seus novos papéis e responsabilidades, inclusive quais pessoas serão responsáveis pela tomada de quais decisões³⁹⁸.

Ante todo o exposto é possível concluir que dificilmente se concebe, atualmente, sistemas de informação que não tenham como seu componente elementos de tecnologia. O constante avanço tecnológico permite um acesso cada vez maior a ferramentas poderosas, e tais alternativas não podem ser relegadas. Entretanto, não se pode olvidar que a implementação de tecnologias da informação demanda alguns

³⁹⁷ Ryall, Michael; Sampson, Rachelle. *Formal Contracts in the Presence of Relational Enforcement Mechanisms - Evidence from Technology Development Projects*, p. 906 ss.

³⁹⁸ Stair, Ralph; Reynolds, George. *Principles of Information Systems*, p. 9.

custos, seja o seu preço de mercado, os efeitos decorrentes da dependência tecnológica ou os percalços de sua inserção na organização. Mais uma vez, cabe à Administração Pública, no seu papel de arquiteta dos sistemas de informação, debruçar-se sobre as alternativas existentes e eleger aquelas que melhor podem contribuir para a aquisição de informação durante a execução dos contratos.

6.4.3 Processos

Em terceiro lugar, tem-se como componente dos sistemas de informação o que se denomina por processos. Trata-se de mais um elemento que demanda atenção da Administração Pública quando da definição da arquitetura dos mecanismos de aquisição de informação durante a execução dos contratos. Cabe ao contraente público definir os processos de aquisição de informação, de forma que fique claro a todos os envolvidos a contribuição de cada um para o resultado.

Segundo ensinamentos de Ralph M. Stair e George W. Reynolds³⁹⁹, o termo processo – como componente dos sistemas de informação – define os passos a serem seguidos para se atingir um resultado final específico, com a designação de quem faz o que e quando; ainda, as etapas do processo definem os caminhos a serem seguidos na eventualidade de alguma intercorrência. Observam os autores que quando as pessoas são bem treinadas e seguem as etapas do processo de forma efetiva, conseguem desenvolver o trabalho com maior velocidade, cortam custos, fazem melhor uso dos recursos e conseguem se adaptar melhor às mudanças. É importante que os processos estejam devidamente documentados, inclusive para eliminar custos de treinamento de pessoal, bem como reduzir a curva de aprendizagem no que tange a novos integrantes.

Contratos administrativos simples, com diminuta complexidade, sequer chamam atenção para este aspecto. A depender da relação contratual firmada, pensar em processos de aquisição de informação não é nada significativo. De outro lado, à medida em que aumenta a complexidade do contrato e as informações se tornam mais difusas, a transmissão dessas informações ao contraente público depende da definição de tarefas e sua respectiva afetação a cada um dos envolvidos. É relevante que as pessoas saibam os passos que devem executar, a fim de que as responsabilidades de cada um dos agentes fiquem bem delimitadas.

³⁹⁹ Idem, p. 8.

A definição do processo de um sistema de informação significa estabelecer: (A) os insumos do sistema, isto é, os elementos que interessam à entrada e iniciarão as etapas do processo; (B) os produtos do sistema, ou seja, os elementos que estarão presentes ao final do processo, o resultado que se deseja; (C) as etapas de transformação de A em B; (D) a mensuração dos custos dessa transformação; (E) a mensuração do tempo gasto nesta transformação⁴⁰⁰.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a definição do processo do sistema de informação é a Administração Pública dizer o que quer com este sistema. O que se busca conhecer? Quais fatos encetarão o desenrolar do processo? Com qual frequência será feita a comunicação? Quais as etapas de transformação dos insumos em produtos? De que forma será entregue o produto final?

Para ilustrar, tenha-se o contrato de concessão do serviço de distribuição de energia elétrica. Ainda que transfira a execução do serviço mediante contrato, em razão de ser serviço essencial, deve a Administração Pública continuar zelando pela sua continuidade e prestação adequada. Pergunta-se: de que forma a Administração Pública controlará o exercício da atividade desenvolvida pela concessionária? A resposta a esta pergunta depende de algumas definições relativas ao terceiro componente dos sistemas de informação, qual seja, o processo. Quais os fatos que, se ocorrerem, deverão ser comunicados? Quem será o responsável pela coleta desses dados? Estes dados serão transmitidos em formato de formulários, tabelas, ou relatórios pré-estabelecidos? Qual o canal de comunicação a ser utilizado? Todas estas perguntas referem-se a definições relativas ao processo dos sistemas de informação.

Tratando-se de um sistema de informação, tanto a entrada quanto a saída do sistema serão compostas de símbolos, isto é, sinais que permitam comunicação. Informações relativas a um fato do mundo real não é o fato em si mesmo, mas sim, símbolos associados a este fato. Definido o processo é possível estabelecer todo um conjunto de ações que, caso ocorram, desencadearão um conjunto respectivo de eventos, os quais implicarão custos e tempo. A tomada de decisão acerca das ações que darão ignição ao processo e os respectivos eventos que serão desencadeados pode ser entendida como uma meta-decisão⁴⁰¹; ou seja, trata-se de decisão sobre os processos dos sistemas de informação, o qual colherá informações para auxiliar a

⁴⁰⁰ Marschak, Jacob. *Economics of Information Systems*, p. 193 ss.

⁴⁰¹ Idem, p. 195 ss.

Administração Pública na tomada de futuras decisões relacionadas ao contrato. É exatamente o papel do arquiteto dos sistemas de informação.

O produto dos sistemas de informação, ou seja, o seu resultado, deve ser informação de qualidade. Sistemas de informação ótimos geram para a Administração Pública informações que possam conduzi-la a boas decisões relativas à relação contratual. Sem informações, ou seja, sem qualquer fundamento em evidência, é difícil que a Administração Pública consiga posicionar-se sobre o adimplemento, modificação, prorrogação ou rescisão do contrato, bem como sobre eventual composição de litígios. Importante ressaltar que não basta ter informação, é preciso ter informação de qualidade. A definição das etapas do processo é fundamental para a qualidade da informação a ser gerada pelo sistema.

Conforme ensina Philip Evans e Thomas S. Wurster, na obra *Blown to Bits: How the New Economics of Information Transforms Strategy*, nem toda informação pode ser reputada como valiosa, principalmente quando se trata de informações trocadas entre uma grande quantidade de pessoas. Aliás, seguindo ensinamento dos autores, quanto maior o espectro de pessoas alcançadas pela informação, menor a sua qualidade. A comunicação de informações valiosas requer proximidade física entre as pessoas que se comunicam ou, alternativamente, canais de comunicação dedicados, bem estruturados, e exclusivos para tanto. Os custos e restrições físicas destes canais, contudo, tem limitado o número de pessoas que conseguem acessar informação de qualidade⁴⁰².

Ainda na linha dos autores acima citados, a definição de informação valiosa perpassa por seis aspectos, quais sejam: (a) largura de banda, que indica a quantidade de informação que pode ser transmitida do emissor para o receptor em certo espaço de tempo; (b) grau de customização, que indica a capacidade da informação de amoldar-se às características do seu público alvo; (c) interatividade, que representa a possibilidade de diálogo, de contribuição e retroalimentação, contrapondo-se à figura do monólogo, estático e de via única; (d) confiabilidade, que significa a possibilidade de depositar confiança na informação, na sua autenticidade; (e) segurança, a qual permite a transmissão de informações sensíveis; (f) atualidade, isto é, informações contemporâneas e oportunas, o mais atual possível, em tempo real⁴⁰³.

⁴⁰² Evans, Philip; Wurster, Thomas S. *Blown to Bits*, p. 24.

⁴⁰³ Idem, p. 25.

Seguindo a mesma linha, Patricia Wallace⁴⁰⁴ ensina que três características distinguem as informações valiosas das informações triviais, quais sejam: (a) tempestividade, sendo a informação tanto mais valiosa quanto mais oportuna for, preferencialmente em tempo real; (b) precisão, característica esta revelada em graus e que demanda tempo, muitas vezes concorrendo com a tempestividade (quanto mais precisa a informação, mais tempo demanda para obtê-la); (c) integralidade, ou seja, a completude dos dados que compõem a informação, a fim de evitar interpretações tendenciosas ou enviesadas.

Outro aspecto que merece atenção quanto ao processo a ser definido se refere ao excesso de interferência na execução do contrato. A depender das etapas do processo este pode perturbar, em maior ou menor medida, a atividade-fim que está sendo desenvolvida pelo contratado. Fiscalização demais pode terminar por conturbar o próprio objetivo do contrato. É preciso, pois, que as etapas de coleta, transformação e transmissão de informações ocorram da forma menos gravosa possível, sem onerar desnecessariamente aquele que executa a relação contratual.

Em síntese, a arquitetura dos mecanismos de aquisição de informação também envolve a definição dos seus processos, ou seja, o detalhamento daquilo que se deseja com o sistema de informação. A definição dos processos pode afetar a qualidade da informação, pode interferir na execução do contrato, bem como pode impingir maior ou menor eficiência ao sistema. Processos bem elaborados promovem coesão da equipe, permitindo melhores resultados com menor custo e em menor tempo.

6.4.4 Estrutura

Por fim, como quarto componente dos sistemas de informação, tem-se o que se denomina por estrutura. Conforme ensina Gabriele Piccoli e Federico Pigni⁴⁰⁵, o componente de estrutura organizacional refere-se ao desenho organizacional (hierarquia, descentralizado); relatórios (funcionais, divisionários, matriciais); e relações (mecanismo de comunicação e recompensas) dentro do sistema de informação. Da mesma forma que os demais componentes, cabe à Administração Pública a meta-decisão – com ponderação dos custos, riscos e benefícios – quanto ao desenho da estrutura organizacional, a fim de tornar os sistemas de informação o mais eficiente possível.

⁴⁰⁴ Wallace, Patricia. *Introduction to Information Systems*, p. 9-10.

⁴⁰⁵ Piccoli, Gabriele; et al. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*, p. 83 ss.

A estrutura resulta dos sistemas de comunicação, das relações de autoridade e dos fluxos de trabalho que operam dentro da organização.⁴⁰⁶ Pode-se pensar neste componente como as regras implícitas ou explícitas que regem as relações entre as pessoas envolvidas no sistema de informação. Refere-se à estrutura de incentivos dentro do sistema, que determina o comportamento dos seus membros. A estrutura organizacional é, muitas vezes, um componente invisível dentro dos sistemas de informação, que passa despercebido. Contudo, é determinante para que os envolvidos contribuam ou não para o objetivo comum da organização.

Durante muito tempo o funcionamento das organizações foi tido como algo essencialmente mecânico, composta de pessoas sem interesse próprio, cuja função de produção era calculada apenas com base nos insumos de entrada. Essa visão mecanicista possui fraquezas, pois: (a) ignora completamente os problemas de incentivo dentro das organizações, uma vez que as trata como uma "caixa preta" perfeitamente eficiente, dentro da qual tudo funciona idealmente bem e todos fazem o que lhes é dito, sendo que mesmo um olhar rápido sobre qualquer organização real sugere que isso é irrealista; (b) é uma visão que não tem nada a dizer sobre o arranjo interno das organizações – sua estrutura hierárquica, como as decisões são delegadas, ou quem tem e exerce autoridade⁴⁰⁷.

Um dos fatores mais importantes, mas menos analisados, que afetam o comportamento organizacional é a estrutura de incentivos internos, que inclui a gestão de recursos humanos em geral e as políticas de compensação em particular. Um entendimento profundo dos incentivos internos é fundamental para a eficiência dos sistemas informacionais, uma vez que eles determinam em grande parte como os indivíduos se comportam nas organizações.⁴⁰⁸ As organizações e as pessoas que a compõem são interdependentes de outras organizações e outros indivíduos. Em consequência desta interdependência (relações sociais), o esforço de entender o comportamento dos indivíduos e das organizações deve passar pela investigação do contexto das relações sociais.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ O'Hara, Margaret; Watson, Richard; Kavan, C. *Managing the three Levels of Change*, p. 64.

⁴⁰⁷ Hart, Oliver. *Firms, Contracts, and Financial Structure*, p. 17.

⁴⁰⁸ Baker, George; et al. *Compensation and Incentives: Practice vs. Theory*, p. 593.

⁴⁰⁹ Pfeffer, Jeffrey. *Incentives in Organizations: The Importance of Social Relations*, p. 72.

O quadro normativo, sem dúvidas, dá forma aos incentivos para a produção de informação.⁴¹⁰ Todavia, não é um fator absolutamente determinante. O comportamento humano não é moldado exclusivamente pelas normas escritas. Se assim fosse, a previsão no clausulado da obrigatoriedade de revelar informação seria suficiente para abrandar a assimetria informacional da relação contratual. Entretanto, o comportamento humano deriva de uma estrutura de incentivos, sendo a norma apenas um incentivo em toda essa estrutura complexa, o qual pode ser mais ou menos determinante, e mais ou menos eficiente na consecução do seu fim. A exemplo, é possível ter a obrigação de renegociar sem ter a obrigação legal de renegociar. Esta distinção é uma distinção que podemos esquecer demasiado depressa. A lei é apenas uma parte do quadro.⁴¹¹

Para além do aspecto meramente normativo, deve a Administração Pública atentar-se para os incentivos dispostos às pessoas no cenário, e então trabalhar estes incentivos. Trata-se de uma solução voltada ao campo da teoria dos jogos e ao desenho dos incentivos, também denominado *mechanism design*. Na maior parte da literatura sobre *mechanism design*, o modelo assume que vários agentes económicos possuem uma informação relevante para a alocação eficiente de recursos. A tarefa do projetista do mecanismo é encontrar uma forma de jogo que induza os agentes a revelar suas informações privadas. Um mecanismo eficiente é aquele em que a alocação final é eficiente, dada toda a informação privada disponível na economia⁴¹². Informação difusa, desconexa, estratificada entre os vários agentes do sistema, pode impedir uma visão completa da realidade e obstaculizar a organização de atingir a sua finalidade⁴¹³.

Ainda que os agentes que compõem um sistema de informação possam ter interesses divergentes, é possível que estas divergências sejam realinhadas com o estabelecimento de incentivos apropriados. Paralelo a este realinhamento de incentivos, também se faz necessário que a Administração Pública incorra em custos de monitoramento, os quais tem como finalidade evitar oportunismos. Em geral, é

⁴¹⁰ Esty, Daniel C. *Environmental Protection in the Information Age*, p. 131.

⁴¹¹ Baird, Douglas G. *Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts*, p. 595.

⁴¹² Bergemann, Dirk; Välimäki, Juuso. *Information Acquisition and Efficient Mechanism Design*, p. 1007.

⁴¹³ Wiener, Jonathan Baert. *Managing the Iatrogenic Risks of Risk Management*, p. 55.

difícil que a Administração Pública consiga, a custo zero, assegurar que o agente tomará as melhores decisões do ponto de vista do seu interesse⁴¹⁴.

Se os decisores governamentais forem (aproximadamente) racionais, podemos esperar que eles escolham um nível de esforço de pesquisa que (aproximadamente) equipare os seus benefícios marginais aos seus custos marginais. Em muitos casos, porém, os custos e benefícios sociais marginais do investimento em pesquisa não se alinharão perfeitamente com os custos e benefícios marginais privados do agente governamental relevante. Não se pode pressupor, portanto, que o agente público incumbido da função de fiscalizar a execução do contrato atue com esmero e em prol do interesse público o tempo todo. É possível que exista um desalinhamento de interesses, o qual leva a um investimento socialmente subaproveitado em informação. Embora teoricamente seja possível que o esforço de investigação de um decisor público seja demasiado elevado ou demasiado baixo, existem razões para pensar que, na maioria dos casos, será demasiado baixo. Em outras palavras, a tendência predominante é que o agente público invista na fiscalização da execução do contrato em nível menor do que o ideal. Mais importante ainda, um típico agente governamental internaliza apenas uma fração do benefício social agregado associado à tomada de uma melhor decisão de política pública, mas ela internaliza a maior parte dos custos da pesquisa. Em contraste, embora alguns dos custos associados à pesquisa adicional sejam custos sociais, grande parte do custo da pesquisa para o agente público deriva de custos pessoais tais como o lazer perdido, maior esforço mental e outros custos privados que são socialmente triviais⁴¹⁵. Por estas razões, deve o sistema informacional ter uma estrutura organizacional adequada, que conflua estes interesses no mesmo sentido.

Dentre outros aspectos, a estrutura organizacional refere-se ao mecanismo de recompensas dentro do sistema. Em um sistema econômico cooperativo, caso as recompensas dos envolvidos sejam aleatórias, sem correlação com o real esforço empregado por cada um, a organização não conseguirá estruturar uma arquitetura de incentivos adequada a induzir uma produção eficiente. Ainda, se as recompensas forem inversamente proporcionais ao esforço real empregado, a organização estará sujeita a sabotagem. Assim, uma importante demanda das organizações é a

⁴¹⁴ Jensen, Michael C.; Meckling, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, p. 5.

⁴¹⁵ Stephenson, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*, p. 1430-1431.

capacidade de medir o real esforço empregado pelos seus agentes, a fim de que as recompensas possam ser distribuídas de maneira eficiente⁴¹⁶.

Ainda, também se revelam como facetas importantes da estrutura organizacional as punições a que estão sujeitos os envolvidos. Após sopesar os custos do cumprimento e as sanções previstas, é possível que o agente entenda ser mais eficiente descumprir com determinada obrigação. O incumprimento eficiente, contudo, pode envolver margem de ineficiência (oportunismo). Nestes casos, a restituição pelo inadimplemento deve ser mais severa, englobando a devolução do prestado mais a subrogação nos ganhos puros do inadimplente. Assim, desmorona a expectativa do agente em adquirir renda extra por meio do descumprimento. É sanção que ultrapassa o nível da mera expectativa e transborda do simples escopo indenizatório⁴¹⁷.

Vale ressaltar que, no tocante ao interesse público, não raro o efeito carona se faz bastante presente. A exemplo, na seara do meio ambiente, quanto ao monitoramento de recursos comuns. Os atores privados tentam lucrar com a investigação do estado de um recurso comum realizada pelo poder público, na tentativa de aproveitar os esforços de outros. De outro lado, é possível que os atores do governo, por si só, tenham poucos incentivos para reunir tais informações⁴¹⁸. Neste ínterim, faz-se necessária uma estrutura adequada de incentivos que permita um sistema de informação eficiente entre todos os interessados⁴¹⁹.

Partindo-se do pressuposto de que as pessoas são racionais e egoístas, é necessário perquirir quando e como os indivíduos decidem pela cooperação. Uma explanação possível seria o mecanismo denominado altruísmo recíproco: as pessoas tendem a ser recíprocas. Assim, ser um mero caroneiro pode se revelar uma estratégia menos frutífera quando o agente leva em consideração a possibilidade de resposta futura por parte de outros agentes em relação à sua cooperação ou não.⁴²⁰

Ainda no que tange à seara pública, em razão dos princípios democrático e da participação popular, cabe ao Estado oferecer oportunidade de engajamento público,

⁴¹⁶ Alchian, Armen; Demsetz, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization*, p. 778.

⁴¹⁷ Araújo, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 747.

⁴¹⁸ Buzbee, William W. *Adjudicatory Triggers of Enhanced Ambient Environment Information*, p. 598-599.

⁴¹⁹ Cary Coglianese, Richard Zeckhauser, and Edward Parson, *Seeking Truth for Power: Informational Strategy and Regulatory Policymaking*, p. 340-341.

⁴²⁰ Robyn M. Dawes, Richard H. Thaler, *Anomalies: Cooperation*, p. 187-190.

ou seja, buscar informações junto à sociedade. De outro lado, não se pode perder de vista que as tomadas de decisão devem ser orientadas por peritos, técnicos da área, conhecimento este que nem sempre pertence ao povo⁴²¹. Cabe ao ente público preocupar-se com os incentivos que moldarão a coleta destas informações dentro do sistema.

Em verdade, está longe de ser clara qual a forma organizacional perfeita do ponto de vista da resolução de problemas informacionais difíceis⁴²². Quanto mais complexo o sistema de informação, mais difícil é conseguir os incentivos dos indivíduos para se alinharem com as funções da organização. As definições da estrutura organizacional envolvem custos e riscos, não existindo uma resposta simples. De outro lado, o enfrentamento do problema do ponto de vista de estrutura organizacional torna mais claro o modo como os agentes se comportam, permitindo uma melhor orientação das meta-decisões a serem tomadas pela Administração Pública.

6.5 *Medida Ótima de Aquisição de Informação*

Um dos fatores cruciais que afetam o valor econômico da informação é a sua escassez. Num extremo, um determinado dado pode ser possuído apenas por um único indivíduo (informação privada); no outro extremo, pode ser conhecido por todos (informação pública)⁴²³. No desenvolvimento da execução dos contratos administrativos a premissa de informação plena, facilmente disponível, adquirível a baixo custo, deve ser abandonada. Conforme visto, quanto mais complexo o contrato, mais limitada a observabilidade do contraente público.

O grande benefício relativo à aquisição de informação está relacionado à capacidade de tomada de melhores decisões. Todavia, aquisição de informação é uma atividade onerosa. Requer que o tomador de decisão, ou alguém agindo em seu nome, dedique tempo, recurso e esforço na atividade específica de adquirir informação, quando poderia o estar fazendo em outra atividade. Ademais, aquisição de informação pode significar demora na performance do contrato. Conforme destaca Matthew C. Stephenson, trata-se da máxima “*paralysis by analysis*”, o que na tradução livre significa: paralisia pela análise. Por estas razões, existe um limite de aquisição de

⁴²¹ Cuéllar, Mariano-Florentino. *Rethinking Regulatory Democracy*, p. 1 ss.

⁴²² Ferejohn, John. *The Lure of Large Numbers*, p. 1994.

⁴²³ Bikhchandani, Sushil; et al. *The Analytics of uncertainty and Information*, p. 171.

informação socialmente desejável, bem como do quanto se espera que um agente público decida investir na observabilidade dos contratos⁴²⁴.

A depender do ponto de vista, se for feita distinção conceitual entre informação e conhecimento, pode-se dizer que a informação em si não é um benefício, mas sim um custo. Quer-se obter conhecimento, mas o único bem disponível é a informação. A informação deve ser sempre filtrada a fim de se tornar um conhecimento ordenado que represente a realidade. É necessário estudar a forma como o conhecimento é extraído da informação e aprender a fazê-lo bem. Se existe uma função de produção do conhecimento, ela deve ser claramente afirmada⁴²⁵.

A experiência dos decisores públicos em matéria de decisões políticas é frequentemente endógena (produzida por fatores internos ao sistema jurídico-institucional) e não exógena (determinada por fatores externos às escolhas de concepção jurídico-institucional e, portanto, independente destas). A endogeneidade da perícia dos agentes governamentais pode ter consequências profundas para uma série de questões de desenho institucional. Como questão geral, os incentivos privados dos agentes para investir em pesquisa podem não se alinhar com o interesse social em fazê-lo.⁴²⁶

Por esta razão, os designers institucionais terão muitas vezes que considerar como estruturar regras legais e institucionais para promover não só a agregação e uso eficiente da informação, mas também a aquisição eficiente da informação. Além disso, muitas vezes existe um compromisso inevitável entre induzir o uso ótimo de informações *ex post* e induzir a aquisição ótima de informações *ex ante*. Este trade-off surge porque os designers muitas vezes têm que tentar alcançar ambas as tarefas simultaneamente, com um conjunto relativamente limitado e rudimentar de mecanismos.⁴²⁷

Desta forma, surge uma questão central, qual seja: supondo que a Administração Pública poderia obter informações adicionais antes de ter que tomar uma decisão terminal, como ela deve decidir se e quanta informação recolher? Tendo em conta um sistema de informação de determinada configuração, qual será o custo em termos de tempo, esforço, mesmo dinheiro, que os utilizadores, debruçados sobre

⁴²⁴ Stephenson, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*, p. 1430.

⁴²⁵ Chairman, M. Kochen. *On The Economics of Information*, p. 281.

⁴²⁶ Stephenson, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*, p. 1426.

⁴²⁷ Idem, p. 1426.

um ambiente com um determinado tipo de problema, devem investir para obter informações relevantes desse sistema?⁴²⁸ A escolha otimizadora da Administração Pública está entre as alternativas de: (1) tomar uma ação terminal imediata, versus (2) adquirir melhor informação em primeiro lugar, com o objetivo de melhorar a decisão terminal final a ser tomada.⁴²⁹

Em regra, é de interesse de toda a sociedade que os agentes públicos decisores invistam em recolha de informação até o ponto em que o benefício social marginal da investigação adicional (sob a forma de melhores decisões políticas) seja igual ao custo social marginal (tipicamente os custos de oportunidade associados ao desvio de novas fontes e atrasos)⁴³⁰. Em outras palavras, a decisão quanto à medida de informação a ser adquirida passa por uma análise de custo-benefício, o que demanda do agente público uma percepção minimamente técnica do problema. Percebe-se que esta afirmação refuta a ideia de aquisição de informação a qualquer custo, bem como também não se pretende defender decisões perfeitas, amparadas em informação plena.

Não é escopo do presente trabalho esgotar as formas de se calcular a medida ótima de informação a ser adquirida. Também não se pretende avançar sobre as críticas à visão exclusivamente utilitarista, ou outras ressalvas referentes à análise custo-benefício e o significado económico da informação⁴³¹. Não se nega, neste trabalho, as dificuldades de se mensurar qual o benefício advindo de uma informação, ou quantos dólares custa um *bit*. De outro lado, não se pode perder de vista que as meta-decisões envolvendo mecanismos de informação devem pautar-se em uma noção minimamente técnica, que seja capaz de afastar os efeitos perniciosos de heurísticas e vieses, tais como o efeito do enquadramento⁴³².

O que se pretende ressaltar é que a medida ótima de aquisição de informação: (a) raramente equivale à máxima medida possível, no sentido de que não pode a Administração Pública esgotar todos os meios de se adquirir informação, sem pensar nos custos dessa recolha e nos benefícios que podem ser advindos dela, e (b) nem sempre equivale àquela já presentemente disponível, notadamente nos contratos complexos, o que impõe a necessidade de superação do efeito do enquadramento a fim de que a Administração Pública não se limite a aceitar que as informações

⁴²⁸ Taylor, Robert S. *Value-Added Processes in the Information Life Cycle*, p. 345.

⁴²⁹ Bikhchandani, Sushil; et al. *The Analytics of uncertainty and Information*, p. 169.

⁴³⁰ Stephenson, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*, p. 1430.

⁴³¹ Fernandes, Pedro Onofre. *Economia da Informação*, p. 167.

⁴³² Sunstein, Cass R. *The Cost-Benefit Revolution*, posição 822 (edição kindle).

facilmente acessíveis são todas as informações disponíveis. Considerando os custos relativos à aquisição de informação, os vieses, o oportunismo, dentre outros fatores que envolvem a assimetria informacional, o ótimo geralmente será aquém do máximo possível e além daquele já disponível, sob pena de incorrer a Administração Pública em prejuízos descabidos.

A análise custo-benefício reflete um firme compromisso com uma concepção tecnocrática da democracia⁴³³, a qual pode ser revelada tanto no enquadramento normativo (*ex ante*), na revisão judicial (*ex post*), quanto no desenho institucional⁴³⁴. Atingir um equilíbrio apropriado requer o reconhecimento de que, por vezes, é do interesse público que as companhias mais informadas sejam recompensadas pelo compartilhamento da informação, ou pelo engajamento em um maior diálogo, mesmo informal⁴³⁵.

O desafio imposto ao Direito Administrativo é encontrar um nível ótimo de observabilidade da execução dos contratos, que minimize os problemas que a transparência busca combater, bem como os problemas relacionados a tomadas de decisão mal informadas. Cabe ao agente decisor – aquele responsável pelas meta-decisões que irão definir os mecanismos de aquisição de informação – debruçar-se sobre questões relativas a: (a) dos custos correntes da organização, quanto deve se referir aos mecanismos de informação e quanto a outras atividades? (b) como são alocados os recursos entre os diferentes mecanismos de informação? (c) os investimentos em mecanismos de informação têm obtido sucesso ou eles devem ser alterados? (d) são os custos adequados aos planos de administração e investimento da organização?⁴³⁶

Vale lembrar que informação em demasia pode ser uma desvantagem. A sobrecarga de informações, somada à dificuldade de se testar a sua veracidade e qualidade, pode implicar uma tarefa difícil e consumidora de bastante tempo. Um volume grande de dados brutos e informações não estruturadas pode se revelar tão desinteressantes quanto a ausência de informação. O esforço de especialistas em inteligência para analisar e processar grandes quantidades de informação pode ser tão oneroso quanto o esforço de se coletar ou produzir novas informações.

⁴³³ Idem, posição 82 (edição kindle).

⁴³⁴ Bibas, Stephanos. *Prosecutorial Regulation versus Prosecutorial Accountability*, p. 962.

⁴³⁵ Parson, Edward A.; Goglianese, C.; Zeckhauser, R.; et al. *Seeking Truth for Power: Informational Strategy and Regulatory Policymaking*, p. 341.

⁴³⁶ Fernandes, Pedro Onofre. *Economia da Informação*, p. 166.

Ainda, é possível que a instituição do mecanismo de informação se revele por demais sofisticada, cuja complexidade possa inviabilizar, na prática, a recolha eficiente de informação⁴³⁷. Se o custo de aquisição de informação for muito alto, e impraticável a constituição de um mecanismo eficiente, deve a Administração Pública cogitar a possibilidade de transferir a gestão do contrato para o particular, a exemplo das parcerias público-privadas⁴³⁸.

Os tomadores de meta-decisões – no que tange à definição dos mecanismos de aquisição de informação durante a execução dos contratos administrativos – devem compreender e identificar os custos envolvidos na aquisição de informação, tanto quantitativos como qualitativos, e os benefícios específicos, a fim de que possam identificar corretamente a medida ótima de aquisição de informação, ou seja, aquele em que o custo marginal equivalha ao benefício marginal. A chave para esta questão é identificar as necessidades críticas e relevantes de informação e determinar se o benefício de sua recolha e tratamento é suficientemente importante para justificar os custos adicionais da criação de um mecanismo de informação especializado na sua coleta⁴³⁹.

7 Conclusão

O objeto do presente trabalho, apresentado logo no início, compreende o enfrentamento da seguinte questão: a existência de poderes de conformação é suficiente, por si só, para que a Administração Pública supere o problema da escassez informacional na execução dos contratos administrativos? Em outras palavras, a possibilidade de impor obrigações ao contraente privado de forma unilateral é suficiente para que a Administração Pública adquira informações em grau satisfatório durante a execução dos contratos administrativos? Ante todo o exposto é possível concluir que a pergunta, tal como posta, não reflete um enquadramento adequado do problema. Inclusive, ela pode se revelar um verdadeiro paradoxo, notadamente nos contratos complexos.

O questionamento objeto do presente trabalho, tal como elaborado, não é válido, pois sustenta-se em pressupostos falaciosos. A um, desconsidera a natureza da

⁴³⁷ Fernando Araújo, *Teoria Econômica do Contrato*, p. 559.

⁴³⁸ Hoppe, Eva; Kusterer, David J.; Schmitz, Patrick. *Public-private partnerships versus traditional procurement*, p. 1 ss.

⁴³⁹ Lisse, William. *The Economics of Information and the Internet*, p. 53.

informação e suas idiossincrasias. A dois, ignora os fatores que limitam o processo de observabilidade dos contratos. A três, não leva em consideração que a utilização dos poderes de conformação carece de uma tomada de decisão, a qual necessita de ser informada para que seja eficiente. A quatro, não considera os mecanismos de aquisição de informação, os seus componentes e a sua arquitetura.

Desta feita, o questionamento inicial pode se revelar um verdadeiro paradoxo, em especial quando se tratar de contratos complexos. Na hipótese de contratos singelos, é possível que os poderes de conformação possam auxiliar a Administração Pública na aquisição de informações, e até sejam suficientes para tanto. Contudo, quanto mais complexo for o contrato, mais difícil será garantir um nível adequado de observabilidade confiando tão somente nos poderes de conformação. Isso porque a tomada de decisão quanto à utilização dos poderes de conformação – a oportunidade de seu uso, a melhor forma etc. – carece de ser uma decisão informada para que seja eficiente; quanto mais complexo o contrato, mais a Administração Pública necessitará de informação para poder conformá-lo. Assim, é possível concluir que a existência dos poderes de conformação, por si só, não será suficiente para eliminar o problema informacional.

É preciso considerar que os contratos administrativos, ante a sua diversidade, podem ser mais ou menos complexos. Quanto mais complexidade houver na relação contratual, maior será o problema informacional, e mais relevante será o tema da informação. De outro lado, em se tratando de contratos simples, onde a aquisição de informação é fácil, a baixo custo, a discussão aqui travada perde significado, pois as soluções serão, em sua maioria, intuitivas.

Após a análise feita, conclui-se que os poderes de conformação, os quais consubstanciam-se em imposição unilateral da vontade do contraente público, não são suficientes para resolver o problema informacional presente nas relações contratuais, notadamente quando se tratar de contratos complexos. Os poderes de conformação referem-se à imposição de força legítima, ou seja, à criação de uma obrigação à contraparte, à revelia do seu consentimento; a solução relativa à aquisição de informação, contudo, passa pela tomada de meta-decisões, as quais envolvem trocas (*trade-offs*). Tais meta-decisões podem ser tomadas antes ou durante a execução contratual, e podem envolver disposições a nível legal ou contratual. Ainda, buscam atingir um equilíbrio entre custos de oportunidade e nível ótimo de informação.

A aquisição de informação deve ser perquirida não apenas com o uso da força legítima, mas também com a criação de mecanismos de aquisição de informação que possuam uma arquitetura adequada, quanto às pessoas que o formam, os processos que deve respeitar, a tecnologia a ser utilizada e a estrutura de incentivos existente. A análise da aquisição de informação deve partir, sobretudo, das meta-decisões tomadas quanto aos mecanismos de aquisição de informação, seus componentes, e a forma de os aperfeiçoar.

A imposição de uma obrigação, ainda que por força de lei, não é necessariamente suficiente para superar o problema informacional. É possível afirmar esta impossibilidade em razão da natureza da informação, somado aos problemas de agência inerentes às relações contratuais. A solução dos problemas informacionais nos contratos administrativos refere-se mais à tomada de meta-decisões quanto à criação de mecanismos eficientes de aquisição de informação. A superação do problema informacional pela Administração Pública depende de meta-decisões quanto à criação de mecanismos de aquisição de informação, os quais devem ser pensados quanto à sua composição, os custos de oportunidade, bem como quanto a sua capacidade de criar incentivos para que os agentes se comportem de maneira adequada.

A evolução do Estado social, e o consequente aumento de responsabilidades que foram entregues ao ente público, redundaram na chamada administração por contratos. Ou seja, mais do que uma executora direta da satisfação das necessidades da sociedade, a Administração Pública passa a ser, essencialmente, uma administradora de contratos. O fenómeno da administração por contratos, por sua vez, possui efeitos deletérios. Se de um lado o particular consegue desempenhar a atividade com mais eficiência, com menor custo, de outro lado a Administração Pública termina por se colocar em uma situação de refém, pois transfere, com a contratação, todo o domínio da informação referente à execução da relação contratual.

A solução trazida por vários ordenamentos jurídicos, e bastante difundida, é a previsão de poderes de conformação à Administração Pública, a qual pode, de forma unilateral, impor a sua vontade, desequilibrando a relação contratual. Contudo, pode-se concluir que a existência de poderes de conformação não é solução suficiente para lidar com os problemas informacionais existentes no bojo da execução contratual. Em que pese a possibilidade de lidar com alguns dos riscos provenientes da contratação, tais como as contingências imprevistas ou imprevisíveis, o problema informacional

revela a necessidade de uma abordagem específica. Desta feita, pode-se extrair as seguintes conclusões:

(a) Os contratos administrativos podem apresentar um elevado grau de complexidade, o qual impacta no processo de observabilidade. Numa perspectiva material, pode-se considerar os contratos complexos em razão da estrutura de mercado em que se encontram, da multilateralidade da relação contratual e do objeto do contrato; já numa perspectiva formal, é de se considerar o seu longo prazo, a sua incompletude, a natureza relacional, bem como a necessidade de quantificação de risco. Tais fatores caracterizadores da complexidade contratual elevam os custos da informação, bem como agrava os incentivos e vieses presentes no cenário, os quais não podem ser superados pela simples utilização dos poderes de conformação.

(b) A aquisição de informação na execução dos contratos administrativos deve ser entendida como um processo limitado. Não há que se falar em aquisição plena de informações. Informação não é um produto pronto e acabado que o contraente privado simplesmente entrega à Administração Pública. Não pode ser facilmente considerada conclusiva, nem mesmo ter a sua fiabilidade aferida a baixo custo. Assim, ao invés de se falar em informações plenas, ou tratar a informação como um objeto singelo, de contornos simples, melhor que se trabalhe com a ideia de grau de aquisição de informações, o qual deve tender ao ótimo (e não ao absoluto).

(c) As informações possuem utilidade pois orientam as tomadas de decisão, tornando-as mais eficientes. A utilização dos poderes de conformação é, em si mesma, uma tomada de decisão, a qual também necessita de informações em quantidade e qualidade suficientes. Desta forma, dizer que os poderes de conformação são bastantes para eliminar o problema informacional pode se revelar um paradoxo, notadamente nos contratos complexos, pois as informações necessárias à sua utilização podem igualmente ser escassas.

(d) A informação possui as suas idiossincrasias, a começar pelo seu conceito, indo até as suas características. Ante tamanha especificidade, é difícil tratar o problema informacional da mesma forma que os demais problemas oriundos do fenómeno denominado “administração por contratos”. A Administração Pública que tão somente se coloca na posição de destinatária das informações a serem transmitidas pelo contraente privado continua refém de oportunismos, ainda que exista em seu benefício os poderes de conformação. Afinal, aferir a suficiência da qualidade e quantidade das informações enviadas não é tarefa simples.

(e) O problema informacional na execução dos contratos administrativos é, sobretudo, um problema de enquadramento. Antes de enfrentar o problema em si, é preciso enfrentar o enquadramento que se faz do problema, as premissas que são fixadas, bem como a abordagem a ser realizada. O enquadramento adequado do problema elimina o questionamento paradoxal, evita a falácia da informação plena, reconhece as implicações da complexidade do contrato, bem como considera a natureza idiossincrática da informação.

(f) O problema informacional é melhor analisado pela ótica dos mecanismos de aquisição de informação e das meta-decisões relacionadas à sua arquitetura e seus componentes. Em outras palavras, a solução do problema informacional demanda a tomada de meta-decisões quanto à constituição de mecanismos de aquisição de informação, não podendo ser analisado tão somente na perspectiva dos poderes de conformação.

(g) A aquisição de informação se relaciona mais à noção de troca do que à ideia de poder. Adquirir informação não se refere à imposição de força (ainda que legítima), mas sim, a escolhas relativas aos mecanismos de aquisição de informação, seus componentes e sua arquitetura. A tomada de meta-decisões quanto à arquitetura dos mecanismos de aquisição de informação, ante as limitações do processo de observabilidade, envolve escolhas e custos de oportunidade, ou seja, é uma relação de troca.

(h) A tomada de meta-decisões quanto aos mecanismos de aquisição de informação demanda a noção de sistemas de informações, seus componentes, e a busca pela aquisição da medida ótima de informação.

Assim, resta concluir que os poderes de conformação não são suficientes para, por si só, sanar o problema informacional na execução dos contratos administrativos, notadamente quando se tratar de contratos complexos. Inclusive, o questionamento objeto do presente trabalho pode não se verificar válido, pois a própria utilização dos poderes de conformação configura uma tomada de decisão, a qual carece de ser informada. Assim, a depender de como é feito o enquadramento do problema, ele pode se revelar um paradoxo. A solução do problema informacional passa, em verdade, pela análise das meta-decisões relativas à arquitetura dos mecanismos de aquisição de informação, os quais devem buscar um grau ótimo de aquisição de informação, tendo em vista os custos de oportunidade envolvidos.

Bibliografia

AFTAB, O; CHEUNG, A; KIM, S; [et al.]. *Information Theory and The Digital Age*. Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 2001. Disponível em: https://www.academia.edu/9065019/Aftab_Cheung_Kim_Thakkar_Yeddanapudi_INFORMATION_THEORY_and_THE_DIGITAL_REVOLUTION_Information_Theory Acessado em 22 Ago. 2019.

ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization*. The American Economic Review, vol. 62, no. 5, 1972, pp. 777–795. Disponível em: www.jstor.org/stable/1815199. Acessado em 14 fev. 2020.

AMATO, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power - The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Hart Publishing, UK, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Lições de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

AKERLOF, George A. *The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism*. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. Aug., 1970, pp. 488-500.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 4ª reimp. da ed. de fev./2005. Coimbra, Almedina, 2014.

_____. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra, Almedina, 2007.

ARROW, Kenneth J.; LIND, Robert C.. *Uncertainty and the Evaluation of Public Investment Decisions*. The American Economic Review, vol. 60, no. 3, 1970,

pp. 364–378., Disponível em: www.jstor.org/stable/1817987. Acessado em 22 mar. 2020.

ARROW, Kenneth J. *Uncertainty and the welfare economics of medical care*. The American Economic Review, Vol. 55, 1965, pp. 154-158. Disponível em: www.jstor.org/stable/1812044. Acessado em 14 jan. 2019.

_____. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, pp. 500-518, 1969. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.324.971> Acessado em 13 ago. 2019.

_____. *Collected Papers of Kenneth J. Arrow*. Belknap Press, An Imprint of Harvard University Press, 1984.

AUBY, Jean-Bernard. *Contracting out and 'public values': A theoretical and comparative approach*. In: Rose-Ackerman, Susan; Lindseth, Peter L. [et alii]. *Comparative Administrative Law*. Second Edition. Cheltenham, UK; Northampton, MA., Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 511-523.

BAIRD, Douglas G. *Self-interest and Cooperation in Long-term Contracts*. The Journal of Legal Studies, Chicago, The University of Chicago Press, vol. 19, n. S2, 1990, pp. 583-596.

BAKER, George P.; [et al.]. *Compensation and Incentives: Practice vs. Theory*. The Journal of Finance, vol. 43, no. 3, 1988, pp. 593–616. Disponível em: www.jstor.org/stable/2328185. Acessado em 02 mai. 2020.

BALMANN, Alfons; **BRANDES**, Wilhelm; **ODENING**, Martin; [et alii]. *Path-dependence without increasing returns to scale and network externalities*. Journal of Economic Behavior & Organization. Volume 29, Issue 1, 1996, pp. 159-172. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167268195000550> Acessado em 17 mar. 2020.

BARAK-EREZ, Daphne. *Three questions of privatization*. In: Rose-Ackerman, Susan; Lindseth, Peter L. [et alii]. *Comparative Administrative Law*. Second Edition. Cheltenham, UK; Northampton, MA., Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 533-551.

BATE, Roger; **GINGER**, Jin; **MATHUR**, Aparna. *In Whom We Trust: The Role of Certification Agencies in Online Drug Markets*. The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy, 14, 1, 2013, pp. 111-150. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/bejeap-2013-0085> Acessado em 29 jan. 2020.

BERGEMANN, Dirk; **VÄLIMÄKI**, Juuso. *Information Acquisition and Efficient Mechanism Design*. Econometrica, Volume 70, Issue 3, 2002, pp. 1007-1033. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-0262.00317> Acessado em 02 mar. 2020.

BRAITHWAITE, Jeffrey; [et alii]. *When complexity science meets implementation science: a theoretical and empirical analysis of systems change*. BMC Med, 16, 63, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12916-018-1057-z> Acessado em 13 abr. 2020.

BAXTER, Gordon; **SOMMERVILLE**, Ian. *Socio-technical systems: From design methods to systems engineering*. Interacting with Computers, vol. 23, no. 1, 2011, pp. 4-17. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8147295> Acessado em 12 jan. 2020.

BERNSTEIN, Peter L.. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. 1st Edition. John Wiley & Sons, 1998.

BIBAS, Stephanos. *Prosecutorial Regulation versus Prosecutorial Accountability*. University of Pennsylvania Law Review, vol. 157, no. 4, 2009, pp. 959–1016. Disponível em: www.jstor.org/stable/40380261. Acessado em 14 mar. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Editora Renovar, 2014.

BIKHCHANDANI, Sushil; **HIRSHLEIFER**, Jack. [et al.]. *The analytics of uncertainty and information*. 2nd Edition. Cambridge University Press, 2013.

BIRCHLER, Urs; **BÜTLER**, Monika. *Information Economics*. Routledge Advanced Texts in Economics and Finance, Routledge, 2007.

_____.; [et al.]. *Cooperation Among Strangers With Limited Information About Reputation*. GRIN Verlag, 2008, pp. 1457-1468.

BOLTON, GARY E.; **OCKENFELS**, Axel. *[The Limits of Trust in Economic Transactions - Investigations of Perfect Reputation Systems](#)*, Working Paper Series in Economics 33, University of Cologne, Department of Economics, 2007.

BREHM, John O.; **GATES**, Scott. *Working, shirking, and sabotage: Bureaucratic response to a democratic public*. Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1999.

BRENNER, Lyle A.; **KOEHLER**, Derek J.; **TVERSKY**, Amos. *On the evaluation of one-sided evidence*. Journal of Behavioral Decision Making, v. 9, n. 1, p. 59-70, 1996, pp. 59-70. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/\(SICI\)1099-0771\(199603\)9:1%3C59::AID-BDM216%3E3.0.CO;2-V](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/(SICI)1099-0771(199603)9:1%3C59::AID-BDM216%3E3.0.CO;2-V) Acessado em 14 fev. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril, 1996.

BROMBERG, Erik. *The Economics of Information*. Journal of the American Society for Information Science, Volume 21, Issue 1, 1970. Disponível em: <https://asistdl.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/asi.4630210116> Acessado em 14 dez. 2019.

BUCHANAN, J. M.. *Opportunity Cost*. In: **EATWELL J.**; **MILGATE**, M.; **NEWMAN**, P. (eds). *The World of Economics*. The New Palgrave. Palgrave Macmillan, London, 1991.

BUNKER, Matthew D.; **DAVIS**, Charles N. *Privatized government functions and freedom of information: Public accountability in an age of private governance*. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, v. 75, n. 3, 1998, pp. 464-477.

BUZBEE, William W.. *Adjudicatory Triggers of Enhanced Ambient Environment Information*. *Indiana Law Journal*, Vol 83, Issue 2, 2008, pp. 583-607. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1210&context=ilj> Acessado em 28 jan. 2020.

CAMERER, Colin; **LOEWENSTEIN**, George; **WEBER**, Martin. *The curse of knowledge in economic settings: An experimental analysis*. *Journal of political Economy*, v. 97, n. 5, 1989, pp. 1232-1254.

_____. *Bounded Rationality in Individual Decision Making*. *Experimental Economics* 1, 1998, pp. 163–183. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1009944326196> Acessado em 01 nov. 2019.

CARRILHO, Gonçalo (org.). *Procedimento Administrativo e Tutela de Interesse de Terceiros*. Editora AAFDL, 2018.

CARVALHO, Raquel. *O direito à informação administrativa procedimental*. Porto, Publicações Universidade Católica, 1999.

CASTRO, Marcílio Moreira. *Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade*. 3ª Edição. Editora Forense, 2010.

CASSESE, Sabino; **NAPOLITANO**, Giulio; **CASINI**, Lorenzo. *Towards multipolar administrative law: A theoretical perspective*. *International Journal of*

Constitutional Law, Volume 12, Issue 2, April 2014, pp. 354–356. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mou016> Acessado em 04 mar. 2020.

CETAX. *Data Mining: o que é, Conceito e Definição.* Disponível em: <https://www.cetax.com.br/blog/data-mining/> Acessado em 02 abr. 2020.

CHARNY, David. *Illusions of a Spontaneous Order: Norms in Contractual Relationships.* 144 U. PA. L. REV. 1841, 1996. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/5c80/825a12ba34e14291566029e1343245b2304f.pdf> Acessado em 23 mar. 2020.

CHE, Yeon-Koo; SAKOVICS, Jozsef. In: **ARROW, Kenneth; ATKINSON, Sir Tony** [et all.]. *Hold-up problem.* In *The New Palgrave Dictionary of Economics.* 2nd Edition, vol 4, Palgrave Macmillan, 2008, pp 60-63.

CIBNIC, John; [et al.] *Administration of Government Contracts.* 4th Edition. CCH, 2006.

COASE, Ronald Harry. *The nature of firm.* In: Essential readings in economics. Palgrave, London, 1995. pp. 37-54.

_____. *A Firma, o Mercado e o Direito.* 2^a Edição. Editora Forense Universitária, 2017.

COHEN, M.; ETNER, J.; JELEVA, M.. *Dynamic Decision Making when Risk Perception Depends on Past Experience.* Theor Decis 64, 2008, 173–192. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11238-007-9061-3#citeas> Acessado em 19 fev. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia.* Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5^a ed. Porto Alegre, Bookman, 2010.

CORTS, Kenneth S.; SINGH, Jasjit. *The Effect of Repeated Interaction on Contract Choice: Evidence from Offshore Drilling.* Journal of Law, Economics, &

Organization, vol. 20, no. 1, 2004, pp. 230–260. Disponível em: www.jstor.org/stable/3554926. Acessado em 22 out. 2019.

COUTO, Gabriel T.; **GOMES**, Fábio A. R.. (2017). *Custo de Bem-Estar da Incerteza Macroeconômica na América Latina*. Revista Brasileira de Economia, 71, 2, 2017, pp. 137-152. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.5935/0034-7140.20170007> Acessado em 12 jan. 2020.

CROCKER, Keith J.; **MASTEN**, Scott E.. *Pretia Ex Machina? Prices and Process in Long-Term Contracts*. The Journal of Law & Economics, vol. 34, no. 1, 1991, pp. 69–99. Disponível em: www.jstor.org/stable/725414. Acessado em 13 set. 2019.

CUNHA, Isabel M. R. Ferin. *Informação e Informações*. Rev. Ciência da Informação, volume 14, nº1, Brasília, 1985, pp.47-50. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/226/226> Acesso em 13 de Ago. 2019.

DEMSKI, Joel S.; **SAPPINGTON**, David E. M.. *Resolving Double Moral Hazard Problems with Buyout Agreements*. The RAND Journal of Economics, vol. 22, no. 2, 1991, pp. 232–240. Disponível em: www.jstor.org/stable/2601019. Acessado em: 8 dez. 2019.

DIMITRI, Nicola. *A Characterisation of Observability and Verifiability in Contracts*. University of Siena, Department of Economics Working Paper No. 288, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=238778> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.238778>. Acessado em 20 out. 2019.

DO, Quy-Toan. Asymmetric information. The World Bank. 2015. https://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/847971114437274304/Asymmetric_Info_Sep2003.pdf . Acesso em 17 de Setembro de 2017.

DOMO. *DATA NEVER SLEEPS*. Disponível em <https://www.domo.com/learn/data-never-sleeps-7> Acessado em 13 abr. 2020.

DONNELLY, Michael. *French Politics and Society*, vol. 10, no. 2, 1992, pp. 95–97. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/42844304. Accessed 12 May 2020.

DUBNER, Stephen J.. *The Truth About the Vaping Crisis*. Freaknomics. Disponível em: <https://freakonomics.com/podcast/vaping-nicotine/> Acessado em 20 nov. 2020.

DUHIGG, Charles. *How Companies Learn Your Secrets*. The New York Times Magazine, feb. 16 Edition, 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html> Acessado em 14 jan. 2019.

EDIN, Aron S.; **HERMALIN**, Benjamin E.. *Contract renegotiation and options in agency problems*. The Journal of Law, Economics, and Organization, Volume 16, Issue 2, 2000, pp. 395–423. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jleo/16.2.395>. Acessado em 22 out. 2019.

EISENBERG, Melvin Aaron. *Contracts and Relationship*. In: **NEWMAN**, Peter, ed. *The new Palgrave Dictionary of Economics and The Law*. Springer, vol 1, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 445-449.

EISENHART, Kathleen M. *Control: Organizational and Economic Approaches*. Management Science, Vol. 31, nº2, 1985, Disponível em: <https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/mnsc.31.2.134> Acessado em 27 out. 2019.

_____. *Agency Theory: An Assessment and Review*. The Academy of Management Review, vol. 14, no. 1, 1989, pp. 57–74. Disponível em: www.jstor.org/stable/258191. Acessado em 13 jan. 2020.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de.; [et al.]. *Curso de Direito Administrativo*. Nova Edição, 2014.

ESTY, Daniel C. *Environmental Protection in the Information Age*. 79 N.Y.U. L. Rev. 115, 2004, pp. 115-211. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr79&div=12&id=&page=> Acessado em 14 jan. 2020.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contribuindo para o estudo da atividade de direito da Administração Pública*. 2. reimp. Coleção Teses. Coimbra, Almedina, 2009.

EVANS, Philip; **WURSTER**, Thomas S. *Strategy and the New Economics of Information*. Harvard Business Review, 1997. Disponível em: <https://hbr.org/1997/09/strategy-and-the-new-economics-of-information> . Acessado em 23 set. 2019.

_____. *Blown to Bits: Your Life, Liberty, and Happiness After the Digital Explosion*. 6th Edition. Addison-Wesley Professional, Crawfordsville, Indiana, 2011.

EWALD, François. *Insurance and risk* in: Burchell, G.; Gordon, C. e Miller, P.(orgs), *The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by an interview with Michel Foucault*. 1991.

FERNANDES, Pedro Onofre. *Economia da Informação*. Rev. Ciência da Informação, Volume 20, nº2, 1991, pp. 165-168. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/352/352> Acessado em 17 set. 2019.

FERREIRA, Antônio Carlos; **FERREIRA**, Patrícia Cândido Alves. *Ronald Coase: um economista voltado para o direito*. In: COASE, Ronald H.. *A Firma, o Mercado e o Direito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, pp. XI-LIX.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México, Editorial Porrúa, 1985.

FREEMAN, Jody. *The contracting State*. Florida State University Law Review, v. 28, pp. 155-214, 2000.

FREIRE, Maria Paula Vaz. *Eficiência Económica e Restrições Verticais - Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. AAFDL, Lisboa, 2008.

GANDOMI, Amir; **HAIDER**, Murtaza. *Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics*. International Journal of Information Management, Volume 35, Issue 2, 2015, pp. 137-144. Disponível em: https://www.academia.edu/39955757/Beyond_the_hype_Big_data_concepts_methods_and_analytics-NC-ND_license_http_creativecommons.org_licenses_by-nc-nd_3.0. Acessado em 06 abr. 2020.

GOLDBERG, Victor. P. *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*. American Behavioral Scientist, 23, Issue 3, 1980, 337–352. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/000276428002300304> Acessado em 13 out. 2019.

_____. *Relational Contract*. In: In: **NEWMAN**, Peter, ed. *The new Palgrave Dictionary of Economics and The Law*. Springer, vol 3, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 289-293.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina Coimbra, 2018, 2018.

_____. *Gestão de contratos públicos em tempo de crise*. Estudos de Contratação Pública: III, 2010.

GREGORY, Mankiw. *Principles of Economics*. 7th Edition. Cengage Learning, 2014.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma Breve História da Humanidade*. L&PM, Porto Alegre, 2015.

_____. *Why Humans Run the World*. Palestra no TED, 2015. Disponível em: <https://ideas.ted.com/why-humans-run-the-world>. Acessado em 15 out. 2019.

HART, Oliver D.; **GROSSMAN**, Sanford J.. *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*. The Journal of Political Economy, Vol. 94, No. 4, 1986, pp. 691-719. Disponível em: <http://homes.chass.utoronto.ca/~szhou/print/GrossmanHart1986JPE.pdf> Acessado em 22 out. 2019.

HART, Oliver D. *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*. Journal of Law, Economics, & Organization, vol. 4, n. 1, 1988, pp. 119-139.

_____. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Oxford University Press, New York, 1995.

_____. *Incomplete contracts and control*. American Economic Review, vol. 107, n. 7, 2017, pp. 1731-52.

HERMEINDITO. *Agency Problem and Residual Loss: A New Approach in Assessing Firm Value Dilution*. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2563418> Acessado em 11 nov. 2019.

HERNANDEZ, Eneiza. *Metadecision: Training Community Leaders for Effective Decision-Making*. Journal of Prevention & Intervention in the Community, Volume 27, Issue 1, 2004. https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1300/J005v27n01_05?scroll=top&needAccess=true. Acessado em 06 fev. 2020.

HILL, Kashmir. *How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#7567e3956668>. Acessado em 23 jan. 2020.

HÖLMSTROM, Bengt. *Moral Hazard and Observability*. The Bell Journal of Economics, vol. 10, no. 1, 1979, pp. 74–91. Disponível em: www.jstor.org/stable/3003320. Acessado em 27 jun. 2019.

HOPPE, Eva I.; **KUSTERER**, David J.; **SCHMITZ**, Patrick. *Public-private partnerships versus traditional procurement: An experimental investigation*. Journal of Economic Behavior & Organization, Vol. 89, 2013, pp. 145-166. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167268111001211>. Acessado em 07 abr. 2020.

HOPE, Eva I.. *Observability of information acquisition in agency models*. Economic Letters, vol. 119, Issue 1, 2013, pp. 104-107. Disponível em: <https://www.iame.uni-bonn.de/Observability%20of%20informationX.pdf> Acessado em 23 jan. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Harvard University Press, 2008.

JAMES, Ioan. *Claude Elwood Shannon 30 April 1916 – 24 February 2001*. Biographical Memoirs of Fellows of the Royal Society. 2009. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsbm.2009.0015>. Acessado em 30 nov. 2019.

JENSEN, Michael C.; **MECKLING**, William H. *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure*. Journal of financial economics, Volume 3, Issue 4, 1976. pp. 303-431. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304405X7690026X>. Acesso em Ago. 2018.

JUUL. *Chamada publicitária no sítio eletrónico da companhia Juul*. Disponível em : <https://www.juul.com> Acesso em 11 dez 2019.

KALMAN, R. E.. *On The General Theory of Control Systems*. Volume 1, Issue 1, 1960, pp. 491-502. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1474667017700948> Acesso em 14 dez. 2019.

KAHNEMAN, Daniel; **TVERSKY**, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science, Vol. 185, Issue 4157, 1974, pp. 1124-1131.

Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/185/4157/1124> Acessado em 29. Nov. 2019.

_____. *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. Science, Vol. 211, Issue 4481, 1981. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/211/4481/453> Acessado em 02 abr. 2019.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Editora Objetiva, 2012.

KATHMAN, Jerry. *Brand Identity Development in the New Economy*. Design Issues, vol. 18, nº 1, 2002. Disponível em: <https://www.mitpressjournals.org/doi/10.1162/07479360252756269> Acessado em 04 abr. 2020.

KEOHANE, Robert O.; **NYE**, Joseph. *Power and Interdependence in the Information Age*. Foreign Affairs, Vol 77, nº 55, 1998, pp. 81-94. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/1998-09-01/power-and-interdependence-information-age> Acessado em 24 fev. 2020.

KLEIN, Benjamin; [et al.]. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. The Journal of Law & Economics, vol. 21, no. 2, 1978, pp. 297–326. Disponível em: www.jstor.org/stable/725234. Acessado em 13 dez. 2019.

LANEY, Doug. *3-D data management: Controlling data volume, velocity and variety*. Application Delivery Strategies by META Group Inc., 2001. Disponível em: <http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>. Acessado em 21 fev. 2020.

LIEBOWITZ, S. J.; **MARGOLIS**, Stephen E. Network effects and externalities. In: **NEWMAN**, Peter, ed. *The new Palgrave Dictionary of Economics and The Law*. Springer, vol 2, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 671-675.

LISSE, William C. *The Economics of Information and the Internet*. Competitive Intelligence Review, volume 9, Issue 4, 2001. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/\(SICI\)1520-6386\(199810/12\)9:4%3C48::AID-CIR8%3E3.0.CO;2-W](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/(SICI)1520-6386(199810/12)9:4%3C48::AID-CIR8%3E3.0.CO;2-W). Acessado em 30 out. 2019.

MAIN, Brian G. M. *Akerlof, George Arthur (born 1940)*. In: **DURLAUF**, Steven N., and **BLUME**, Lawrence, eds. The new Palgrave dictionary of economics. Vol. 1. London, UK: Palgrave Macmillan, 2008, pp. 108-113.

MAKARI, Martin A.; **DANIEL**, Michael. *Medical error—the third leading cause of death in the US*. BMJ, 353, I. 2139, 2016. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/353/bmj.i2139> Acessado em 22 fev. 2020.

MARIANI, Stefano. *Coordination of Complex Sociotechnical Systems: f*. 1st Edition. Springer, 2016.

MARQUES, Francisco Paes. *A Efectividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*. Coimbra, Almedina, 2007.

MARSCHAK, Jacob. *Economics of Information Systems*. Journal of the American Statistical Association, vol. 66. 1971. Pp. 192-219. Disponível em: <https://amstat.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/01621459.1971.10482244?scroll=top&needAccess=true#.Xrzy4mhKjiU> Acessado em 04 abr. 2020.

MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*. Coimbra: Almedina, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV, volume 1, nº 1, 2019, pp.41-66. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057> Acesso em 15 fev. 2020.

MARSCHAK, Jacob. *Economics of Inquiring, Communicating, Deciding*. Economics of Inquiring, Communicating, Deciding. *The American Economic Review*, vol. 58, no. 2, 1968, pp. 1–18. Disponível em: www.jstor.org/stable/1831792. Acessado em 9 jul. 2019.

MATTHEWS, David. *Metadecision making: rehabilitating interdisciplinarity in the decision sciences*. Systems Research and Behavioral Science: The Official Journal of the International Federation for Systems Research, v. 25, n. 2, p. 157-179, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. Malheiros Editores, 2018.

MILLER, Gary J.; **WHITFORD**, A. B. *Trust and Incentives in Principal-Agent Negotiations: The ‘Insurance/Incentive Trade-Off.’* Journal of Theoretical Politics, 14(2), 2002, 231–267. Disponível em <https://doi.org/10.1177/095169280201400204> Acessado em 22 mar. 2020.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA. *Regularização da Produção*. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/organicos/regularizacao-da-producao>. Acessado em 03 set. 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. Edição 1^a. Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. *O regime dos direitos sociais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 47, n. 188, 2010, pp. 23-36.

MIRRLEES, James. *An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation*. The Review of Economic Studies, vol. 38, no. 2, 1971, pp. 175–208. Disponível em: www.jstor.org/stable/2296779. Acessado em 2 Ago 2019.

_____. *Notes on Welfare Economics, Information, and Uncertainty*. Oxford Scholarship, 2001.

_____. *The Theory of Moral Hazard and Unobservable Behaviour: Part I*. *The Review of Economic Studies*, Volume 66, Issue 1, 1999, pp. 3–21. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-937X.00075> Acessado em 13 set. 2019.

MOREIRA, Sávio Henrique Damasceno. *Inobservabilidade na Gestão dos Contratos Administrativos: entre a derrocada e a reforma contratual*. Trabalho desenvolvido como requisito para o Mestrado em ciências jurídico-econômicas da Universidade de Lisboa. No prelo.

MOSCATI, Ivan. *How Economists Came to Accept Expected Utility Theory: The Case of Samuelson and Savage*. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30, nº2, 2016, pp. 219 – 236. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.30.2.219> . Acessado em 27 nov. 2019.

NETO, Manoel Veras Sousa; **JUNIOR**, Josué Vitor Medeiros. *Afinal, o que é Business Process Management (BPM)? Um novo conceito para um novo contexto*. *Revista Eletrônica de Sistemas de Informação*, v. 7, n. 2, 2008. Disponível em : <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/reinfo/article/view/53> Acessado em 13 fev. 2020, pp. 1-19.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. 1ª Edição. Fórum, 2019.

OECD. *Procurement and the delivery of infrastructure projects*. Government at a Glance. OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2017-63-en.pdf?expires=1588972341&id=id&ac_cname=guest&checksum=866C0E4EAB9D51129DC58CEE3413F432. Acessado em 13 abr. 2020.

O'HARA, Margaret; **WATSON**, Richard; **KAVAN**, C.. *Managing the three Levels of Change*. *Journal Information Systems Management*, Vol. 16, 1999, PP. 63-

70. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1201/1078/4319716.3.19990601/31317.9>. Acessado em 24 mar. 2020.

ONIKI, Hajime. *The Cost of Communication in Economic Organization*. The Quarterly Journal of Economics, vol. 88, no. 4, 1974, pp. 529–550. Disponível em: www.jstor.org/stable/1881821. Acessado em 8 set. 2019.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2ª reimp. Coimbra, Almedina, 2011.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

PARSON, Edward A.; **GOGLIANESE**, C.; **R. ZECKHAUSER**, R.; [et al.]. *Seeking Truth for Power: Informational Strategy and Regulatory Policymaking*. Minn. L. Rev. 89, no. 2, 2004, 277-341. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2558&context=articles> Acessado em 13 de Ago. 2019.

PFEFFER, J; **SUTTON**, R. I.. *Evidence-based management*. Harvard business review, vol 84, nº2, 2006, pp.1-2. Disponível em: <https://www.scrum.org/resources/evidence-based-management-guide> Acessado em 16 nov. 2019.

PFEFFER, Jeffrey. *Incentives in Organizations: The Importance of Social Relations*. In: **WILLIAMSON**, Oliver E. (edt.). *Organization Theory: From Chester Barnard to the Present and Beyond*. Oxford University Press, New York, 1995, pp. 72-97.

PEREIRA, Pedro Matias. *Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções*.

PICCOLI, Gabriele; [et al.]. *Information Systems for Managers – Texts and Cases*. 1ª Edição. John Wiley & Sons, 2007.

POSNER, Eric A.. *Agency Models in Law and Economics*. University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 2000, p. 1-22. Disponível em : https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=law_and_economics Acessado em 13 out. 2019.

_____. *Antitrust Law*. 2nd Edition. University of Chicago Press, Chicago, 2000.

PUIL, John Van Der; **WEELE**, Arjan Van. *International Contracting: Contract Management in Complex Construction Projects*. ICP, New Editors, 2013.

RAHMAN, Nayem. *Data Mining Techniques and Applications: A Ten-Year Update*. International Journal of Strategic Information, Technology and Applications, Volume 9, Issue 1, 2018, pp. 78-97. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327443620_Data_Mining_Techniques_and_Applications_A_Ten-Year_Update Acessado em 03 mai. 2020.

RAVENELL, Joseph. *Could Barbershops Become The New Doctor's Office?*, TED Radio Hour, 2017. <https://www.npr.org/2017/12/22/572583560/joseph-ravenell-could-barbershops-become-the-new-doctors-office> Acessado em 30 jan. 2020.

RIOS, Josué. *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*. Série Jurídica. Editora Mauad, 1998.

RODRÍGUEZ, Darío; [et al.]. *Information technology within society's evolution, Technology in Society*. Technology in Society, Vol 40, 2015, pp. 64-72. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0160791X14000529> Acessado em 27 nov. 2019.

ROSS, Stephen A.. *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*. The American Economic Review, vol. 63, no. 2, 1973, pp. 134–139. Disponível em: www.jstor.org/stable/1817064. Acessado em 05 de maio de 2019.

ROTHSCHILD, Michael; **STIGLITZ**, Joseph. *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 90, Issue 4, 1976, pp. 629–649. Disponível em <https://doi.org/10.2307/1885326>. Acessado em 29 Jan. 2019.

RUSSO, J. E.; **SCHOEMAKER**, P. J. *Winning Decisions: Getting it right the first time*. 1st Editions. Crown Business, 2001.

RYALL, Michael D.; **SAMPSON**, Rachelle. *Formal Contracts in the Presence of Relational Enforcement Mechanisms: Evidence from Technology Development Projects*. *Management Science*, Vol. 55, n° 6, 2009. Disponível em: <https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/mnsc.1090.0995> Acessado em 06 abr. 2020.

SACKETT, Davi L.; [et al.]. *Evidence based medicine: what it is and what it isn't*. *BMJ*, 1996, pp. 312-371. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/312/7023/71> Acessado em 13 dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris, 2005.

SHANNON, Claude. *A Mathematical Theory of Communication*. University of Illinois Press, 1963.

_____. *Claude Shannon*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Claude_Shannon#cite_note-Bell_Labs_acknowledgement-3. Acesso em 16 ago. 2019.

SHWETA, Ganjoo. *Facebook confirms that it tracks how you move mouse on the computer screen*. Nova Déli, 2018. Disponível em: <https://www.indiatoday.in/technology/news/story/facebook-confirms-that-it-tracks-how-you-move-mouse-on-the-computer-screen-1258189-2018-06-12>. Acessado em 17 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição Editora Malheiros, 2016.

SLATER, Don. *Cultura do Consumo & Modernidade*. 1ª Edição. Editora Nobel, 2007.

SPENCE, Michael. *Job market signaling*. *The Quarterly Journal of Economics*, Academic Press, Volume 87, n 3, 1973. Pp. 355-374.

_____. *Signaling in retrospect and the informational structure of markets*. *American Economic Review*, v. 92, n. 3, 1999, pp. 434-459.

STAIR, Ralph; **REYNOLDS**, George. *Principles of Information Systems*. 12th Edition. Cengage Learning, Boston, 2016.

STEPHENS-DAVIDOWITZ, Seth. *Everybody Lies: Big Data, New Data, and What the Internet Can Tell Us About Who We Really Are*. Bloomsbury Publishing, Edição do Kindle, 2017.

STEPHENSON, Matthew C. *Information Acquisition and Institutional Design*. 124 Harv. L. Rev., 2011, pp.1422-1483. Disponível em: [http://www.law.harvard.edu/faculty/mstephenson/2011PDFs/Stephenson%20-%20Information%20Acquisition%20\(HLR\).pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/mstephenson/2011PDFs/Stephenson%20-%20Information%20Acquisition%20(HLR).pdf) Acessado em 11 jan. 2019.

STIGLER, George J. *Information in the Labor Market*. *Journal of Political Economy*, vol. 70, no. 5, 1962, pp. 94–105. Disponível em: www.jstor.org/stable/1829106. Acessado em 11 out. 2019.

STIGLITZ, Joseph E.. *Incentives, Risk , and Information: Notes Towards a Theory of Hierarchy*. *The Bell Journal of Economics*, vol. 6, no. 2, 1975, pp. 552–579. Disponível em: www.jstor.org/stable/3003243. Acessado em 13 ago. 2019.

_____. *The Theory Of “Screening,” Education, And The Distribution Of Income*. The American Economic Review, vol. 65, no. 3, 1975, pp. 283–300. Disponível em: www.jstor.org/stable/1804834. Acessado em 13 set. 2019.

SUTHERLAND, Douglas; [et al.]. *Infrastructure Investment: Links to Growth and the Role of Public Policies*. OECD Economics Department Working Paper, n° 686, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1360870. Acessado em 04 set. 2019.

TAYLOR, Robert. *Value-added process in the information life cycle*. Journal of the American Society for Information Science and Technology, vol. 33, issue 5, 1982, p. 341 ss. Disponível em: <https://asistdl.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/asi.4630330517> Acesso em 04 set. 2019.

TERRA. *Como alta em tarifa de metrô detonou maior onda de protestos em décadas no Chile*. Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/como-alta-em-tarifa-de-metro-detonou-maior-onda-de-protestos-em-decadas-no-chile,6ceb629a26bdafc485305b7fa703dcc6t9tbo2w1.html> Acessado em 20 out. 2019.

THALER, Richard; **SUNSTEIN**, Cass. *Nudge - Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books, Kindle Edition, 2009.

THALER, Richard; **JOLLS**, Christine; et al. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Stanford Law Review, vol. 50, no. 5, 1998, pp. 1471–1550. Disponível em: www.jstor.org/stable/1229304. Acessado em 04 nov. 2019.

_____. *Mental accounting matters*. Journal of Behavioral Decision Making, vol. 12, issue 3, 1999. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/\(SICI\)1099-0771\(199909\)12:3%3C183::AID-BDM318%3E3.0.CO;2-F](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/(SICI)1099-0771(199909)12:3%3C183::AID-BDM318%3E3.0.CO;2-F). Acessado em 23 jan. 2020.

TIROLE, Jean. *Incomplete contracts: Where do we stand?*. Econometrica, vol. 67, n. 4, 1999, pp. 741-781.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, nº 168, 2005, pp. 197-213. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/462> Acessado em 23 fev. 2020.

TOWNSEND, Robert M.. *Optimal Contracts and Competitive Markets with Costly State*. Journal of Economic Theory, 1979, pp. 265-293. Disponível em: <https://www2.bc.edu/thomas-chemmanur/phdfincorp/MF891%20papers/Townsend%201979.pdf> Acessado em 13 mar. 2020.

VALACICH, Joseph; **SCHNEIDER**, Christoph. *Information Systems Today*. 5th Edition. fPrentice Hall, 2011.

VAN GIGCH, John P. *Metadecisions: invoking the epistemological imperative to enhance the meaning of knowledge for problem solving*. Systems Research and Behavioral Science, v. 22, n. 1, p. 83-89, 2005.

VICKREY, William. *Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders*. *The Journal of Finance*, vol. 16, no. 1, 1961, pp. 8–37. Disponível em: www.jstor.org/stable/2977633. Acessado em 24 out. 2019.

WARNERYD, Karl. *Network externalities and convention*. In: **NEWMAN**, Peter, ed. *The new Palgrave Dictionary of Economics and The Law*. Springer, vol 2, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 675-679.

WALLACE, Patricia. *Introduction to Information Systems – People, Technology and Process*. 3rd Edition. Pearson, 2017.

WHEELER, Will. *Economics of Information: a Brief Introduction*. Progressive Librarian: A Journal for Critical Studies & Progressive Politics in Librarianship, Issue 36/37, Rider University Library, Lawrenceville, NJ, 2011, pp. 42-50. Disponível em: http://www.progressivelibrariansguild.org/PL/PL36_37.pdf#page=44. Acessado em 29 set. 2019.

WIKIPEDIA. *Verberte sobre Thomas Bayes.* Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Bayes Acessado em 29 nov. 2019.

WILLIAMSON, Oliver E.. *Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations.* The American Economic Review, vol. 63, no. 2, 1973, pp. 316–325. Disponível em: www.jstor.org/stable/1817092. Acessado em 23 set. 2019.

WEINERT, Craig; **MANN,** Henry. *The Science of implementation: hanging the practice of critical care.* Current Opinion in Critical Care, Volume 14, Issue 4, 2008, pp. 460-465. Disponível em: 10.1097/MCC.0b013e3283079eb5 Acessado em 22 fev. 2020.

WIKIPEDIA. *Jornadas de Junho.* Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Jornadas_de_Junho Acessado em 01 mar. 2020.

WIENER, Jonathan Baert. *Managing the Iatrogenic Risks of Risk Management.* 9 Risk: Health, Safety & Environment, 39, 1998, pp. 39-42. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1109&context=faculty_scholarship Acessado em 13 jan. 2020.

WU, Tim. *An Introduction to the Law & Economics of Information.* Columbia Public Law Research Paper, No. 14-399, n. 482. Disponível em : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446577 Acesso em 12 de Jul. De 2019.

YU, Abraham Sin Oih; **SOUSA,** Willy Hoppe. *Planejando a tomada de decisoes - meta-decisões.* XXXVI Encontro da ANPAD, 2012. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/63/2012_ESO933.pdf Acessado em 04 mar. 2020.

ZAMIR, Eyal; **TEICHMAN,** Doron. *Behavioral Law and Economics.* Oxford University Press, New York, 2018.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 20 de agosto de 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Acquisition Regulation. Disponível em <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em 20 de Agosto de 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 18, de 29 de janeiro de 2008. *Código dos Contratos Públicos*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/114291580/201711301833/indice>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

STATE OF TEXAS. *State of Texas Government Code*. Sec. 2054.001. Legislative Findings and Policy. Disponível em: <https://statutes.capitol.texas.gov/SOTWDocs/GV/htm/GV.2054.htm>. Acessado em 23 de junho de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. Acessado em 23 de junho de 2019.